

LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS.



LE DROIT CIVIL
FRANÇAIS
SUIVANT L'ORDRE DU CODE,

OUVRAGE DANS LEQUEL ON A TACHÉ DE RÉUNIR LA THÉORIE A LA PRATIQUE,

PAR Mr. C. B. M. TOULLIER.

SIXIÈME ÉDITION,

REVUE, CORRIGÉE ET AUGMENTÉE D'UN SUPPLÉMENT ÉTENDU DONT L'OBJET EST DE METTRE CET OUVRAGE EN RAPPORT AVEC LA LÉGISLATION ET LA JURISPRUDENCE DU ROYAUME DES PAYS-BAS, PAR MM. LE BARON DE PELLENBERG, CONSEILLER A LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE, DRAULT, AVOCAT, ET AUTRES JURISCONSULTES.

TOME PREMIER.



BRUXELLES,

AUG. WAHLEN ET COMPe., IMP.-LIBRAIRES.

1824.

LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

De la publication, des effets et de l'application des Lois en général.

SECTION PREMIÈRE.

Des lois et du droit en général, et particulièrement du droit civil.

SOMMAIRE.

1. Définition de la jurisprudence.
2. Des lois en général.
3. Obscurité et inexactitude de la définition des lois, donnée par Montesquieu.
4. Pourquoi la loi est appelée une règle d'action.
5. Définition de la justice.
6. De la justice intérieure, extérieure et parfaite; inutilité des autres divisions.
7. Justice extérieure, objet de la jurisprudence, inutilité et obscurité de la division de la justice en distributive et commutative. Ce qu'on entend par-là (à la note).
8. Qui a le droit de prescrire à l'homme des règles de conduite obligatoires; alliance du droit, de la morale et de la religion.
9. De la loi naturelle.
10. Du droit naturel.
11. Différentes acceptions du mot droit.
12. Du droit des gens naturel et positif.
13. Définition de la loi civile.
14. Explication de la définition.
15. La loi diffère du conseil.
16. De la convention.
17. Des règles de droit.

18. Des ordres ou commandements particuliers.
19. Des jugements.

1. La jurisprudence est la science des lois. Le premier pas à faire dans cette science est donc de bien connaître la nature des lois, et de s'en former une idée nette et précise.

On entend par science un enchaînement de vérités fondées sur des principes évidents par eux-mêmes ou sur des démonstrations, une collection de vérités d'une même espèce, rangées dans un ordre méthodique.

L'art est l'habitude d'appliquer les connaissances à la pratique. De-là quelques jurisconsultes ont défini la jurisprudence l'habitude d'interpréter les lois et de les appliquer aux *espèces* qui se présentent.

2. Le mot *loi*, dans son sens le plus étendu, signifie une règle d'action : c'est la règle que suivent ou doivent suivre, dans leurs actions, tous les êtres animés ou inanimés, raisonnables ou *irraisonnables*. On dit les lois du mouvement, de la gravitation, de l'optique, de la mécanique, comme on dit les lois naturelles, les lois civiles, les lois politiques, commerciales, etc.

Dans ce sens, comme l'observe Montesquieu (1), tous les êtres ont leurs lois ; le monde matériel a ses lois, les bêtes ont leurs lois, l'homme a ses lois.

La science de toutes ces lois différentes appartient à la philosophie, qui embrasse dans son immensité toutes les connaissances que l'homme peut acquérir par l'usage de la raison.

Plus circonscrite dans son objet, la jurisprudence ne s'occupe que des lois morales particulières à l'homme.

Sous ce point de vue, la loi est la règle des actes humains, c'est-à-dire, des actions qui ont pour principe le libre exercice de l'intelligence et de la volonté.

3. Montesquieu a dit que les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.

On a observé, avec raison, que cette définition était plus obscure que la chose à définir, et qu'elle manquait d'exactitude. Le mot rapport, dans le sens propre et naturel, signifie l'action de rapporter un corps près d'un autre. Par le moyen de ce rapprochement, nous en saisissons plus facilement et plus distinctement les différences et les similitudes, en un mot, tous les points de comparaison ; ce sont ces points de

(1) Esprit des Lois, liv. 1, chap. 1.

comparaison qu'on appelle des rapports, des relations.

Il y a des rapports entre tous les êtres, entre les êtres animés et inanimés, entre les végétaux et les animaux, entre l'homme et la brute, entre l'homme et Dieu, entre les hommes considérés comme individus, comme membres d'une famille, comme membres d'un état.

La connaissance des rapports qui existent entre les hommes, et qui dérivent de leur nature, sert, à l'aide de l'observation, de la réflexion et du raisonnement, à découvrir les règles de conduite qui conviennent à leur bonheur.

Mais on ne peut pas dire que les rapports sont des lois, autrement il y aurait des lois contradictoires, car il y a des rapports absolument opposés, des rapports de différence aussi bien que de similitude, de bonté, de méchanceté, de vices et de vertus, etc.

On peut encore moins dire, avec un auteur moderne (1), qui a cru rectifier la doctrine de Montesquieu : que « les lois » sont les résultats nécessaires des rapports que les choses ont » entre elles et avec nous, et l'obligation de nous conformer » à ces mêmes rapports. »

Les résultats que font naître les rapports qui existent entre les richesses et l'homme, entre le riche et le pauvre, l'homme fort ou puissant et l'homme faible et sans crédit, l'intelligent et l'imbécille, sont que le riche se corrompt et abuse de sa richesse pour corrompre le pauvre; l'homme fort et puissant, de sa force ou de sa puissance pour opprimer l'homme faible et sans crédit; l'homme intelligent, de son esprit pour tromper, etc.

Loin que ces résultats soient des lois, les lois sont faites pour en prévenir les fâcheux effets. Les lois ne sont donc ni des rapports ni les résultats des rapports; ce sont des règles d'action prescrites par un supérieur légitime.

4. On appelle la loi une règle d'action, par une métaphore empruntée de la mécanique.

La règle, dans le sens propre, est un instrument au moyen duquel on tire, d'un point à un autre, la ligne la plus courte qu'on appelle la ligne droite.

La règle sert de comparaison dans les arts pour juger si une ligne est droite, comme la loi sert en jurisprudence pour juger si une action est juste ou injuste.

Elle est juste, elle est droite, si elle est conforme à la

(1) M. Perreau.

règle, qui est la loi. Elle est injuste si elle s'en écarte ; elle n'est pas droite. Il en est de même de notre volonté ou de notre intention.

5. La justice est la conformité de nos actions et de notre volonté à la loi.

6. La justice est intérieure ou extérieure.

La première est la conformité de notre volonté;

Le seconde, la conformité de nos actions à la loi.

La réunion de la justice intérieure et extérieure forme la justice parfaite.

7. C'est la justice extérieure qui est l'objet de la jurisprudence ; la justice intérieure est l'objet de la morale.

Les anciens docteurs ont, d'après Aristote, divisé la justice en *distributive et commutative.* Cette division avait passé dans les misérables abrégés ou *compendium* qu'on mettait entre les mains des élèves avant la restauration des écoles de droit, quoique Grotius, Heineccius, etc., eussent depuis long-temps démontré l'inutilité et l'inexactitude de cette division (1).

(1) *Voy.* Heinecc., *Recit. in elem. jur. civ.*, §. 13, et *Prælectiones in Grotium, lib.* 1, §. 8; Barbeyrac, sur le même, §. 8, notes 6, 7 et 9.

Grotius, *ibid.*, donne une autre division de la justice, en explétive et attributive. Il la fonde sur la distinction des droits et devoirs en parfaits et imparfaits. Cette division de la justice nous paraît sans utilité, et aussi difficile à bien comprendre qu'il est difficile de distinguer les droits et les devoirs parfaits et imparfaits.

La division de la justice en intérieure et extérieure nous paraît la seule claire, la seule exacte, la seule utile.

Cependant, comme il serait honteux de ne pas entendre une division qui a passé dans presque tous nos livres, nous allons tâcher de l'expliquer. C'est Aristote qui, d'après les idées de Platon, a, le premier, dans ses écrits sur la morale (*Magnorum moralium, lib.* 1, *cap.* 34. *Et hic ad Nicomachum, lib.* 5, *cap.* 2, 3 *et* 4), exposé d'une manière méthodique la division de la justice en distributive et commutative. Les docteurs s'en sont emparés, et l'ont expliquée d'une manière obscure, qui n'est pas en tout conforme à la doctrine du philosophe de Stagyre. Tâchons de suivre et d'exposer ses idées avec clarté.

Il ne concevait la justice, ainsi que tous les anciens philosophes, que sous l'idée d'égalité. La justice et l'égalité étaient, suivant eux, une seule et même chose : *justum æquale est, injustum inæquale.* La justice consiste dans l'égalité; l'homme juste est celui qui veut l'égalité. (*Magn. mor., lib.* 1, *cap.* 34, *et ubique passim.*)

Or, l'égalité est une idée relative, qui suppose nécessairement la comparaison de plusieurs personnes, de plusieurs choses. Telle personne, telle chose est égale, à qui? Elles sont égales ou inégales, en quoi? Voilà donc quatre termes ou quatre points de comparaison.

Il y a justice, lorsque l'égalité est conservée en tout. Il y a donc aussi justice lorsque la proportion est conservée dans la comparaison des personnes et des choses; car la proportion est égalité. Celui qui a beaucoup, doit donner beaucoup ; celui qui a peu, doit donner peu; celui qui travaille beaucoup, doit recevoir beaucoup; celui qui travaille peu, doit recevoir peu. Le plus ou le moins

8. Un supérieur peut seul donner des règles de conduite obligatoires à un être intelligent et libre. Pour compléter la définition de la loi, il faut donc dire qu'elle est une règle de conduite prescrite par un supérieur légitime.

le salaire doit être proportionné au plus ou moins de travail. Si le travail de l'un est comme un, le travail de l'autre comme deux, le salaire de celui-ci doit être double du salaire de celui-là.

Supposons qu'il y ait à partager ou à distribuer entre Achille et Ajax un butin de 12, pris sur l'ennemi. Si les deux personnes étaient égales, le partage devrait aussi être arithmétiquement égal. Achille aurait 6, Ajax 6: et si l'on suivait cette égalité arithmétique, Thersite lui-même aurait une part égale à celle d'Achille, ce qui serait souverainement injuste et révoltant.

Pour éviter cette injustice, comparons la valeur des personnes, afin de leur donner des parts proportionnellement égales à leur valeur. La valeur d'Achille et celle d'Ajax ne sont point égales; celle d'Achille est supérieure. Supposons qu'elle soit double : Achille vaut 12, Ajax 6.

La part d'Achille devra être 8, celle d'Ajax 4. Il n'y aura pas égalité arithmétique, mais égalité proportionnelle; car 8 est à 4 comme 12 est à 6. C'est cette comparaison des mérites, *rationum*, dit Aristote, que les mathématiciens appellent géométrique. Voilà ce qu'il appelle justice distributive, dans laquelle il y a égalité proportionnelle, quoiqu'il y ait inégalité arithmétique. La justice distributive est donc celle qui distribue les récompenses et les honneurs, suivant la proportion géométrique, en comparant le mérite des personnes.

Rien de mieux que cette doctrine en théorie; et il serait à désirer que les gouvernements suivissent toujours la comparaison du mérite des personnes dans la distribution des emplois et des honneurs.

Mais cette même doctrine a toujours, dans l'application, excité beaucoup de plaintes et de contestations, *pugnas*. Car, si l'on convient unanimement, *uno ore*, qu'il faut donner les places et les honneurs aux plus dignes, *dignitati*, on ne peut s'accorder sur le genre de mérite qui constitue les plus dignes, qui doit faire donner la préférence, et rendre la répartition inégale dans la distribution des emplois et des honneurs, etc. Dès le temps d'Aristote, le peuple prétendait qu'on ne devait considérer que la qualité d'homme libre et de citoyen : les oligarches, que c'était le crédit et l'opulence; les aristocrates (*nonnulli*), la noblesse; les plus gens de bien, le mérite personnel et la vertu.

Aristote bornait la justice distributive, qui considère le mérite ou la dignité de la personne, à la distribution des hommes et des autres choses qui appartiennent en commun à la société, et qui sont à distribuer entre ses membres. Il ne l'étendait pas à l'application des peines à prononcer contre les délinquants.

Quant à la justice commutative, qu'il appelle aussi plus proprement justice corrective, *justum emendativum*, c'est celle qui, suivant lui, consiste à maintenir ou à rétablir l'égalité entre les hommes, à redresser, *emendare*, les injures ou les injustices qu'ils éprouvent de la part les uns des autres, et qui les forcent de recourir à un juge, lequel fait rendre à l'un ce qu'il a perdu, *damnum*, à l'autre ce qu'il a gagné injustement, *lucrum*; et cela sans considérer le mérite ou la dignité des personnes, ni la proportion géométrique, n'ayant égard qu'à la proportion arithmétique du gain de l'un et de la perte de l'autre; car il n'importe, dit-il, que ce soit un homme de bien qui ait fait tort à un méchant, ou un méchant, à un homme de bien; que l'un ou l'autre ait commis un adultère; que l'un ait fait une injure, que l'autre l'ait soufferte : la loi ne considère que l'étendue du préjudice que l'un ou l'autre a souffert : *ad differentiam nocumenti lex respicit tantùm.*

Le préjudice peut arriver à l'occasion des contrats que les hommes pas-

Le premier supérieur de l'homme est Dieu : c'est ici un des dogmes fondamentaux de la morale et de la société civile ; un de ces dogmes dont l'importance a été sentie par tous les législateurs anciens et modernes, et par tous les vrais philosophes. C'est de la divinité que Cicéron fait dériver les lois. La paix et l'ordre des sociétés ne trouveraient point une garantie suffisante dans les principes de la législation humaine, si ces principes n'étaient protégés par l'influence salutaire de la religion.

Les lois civiles seules seraient insuffisantes pour régler la conduite de l'homme, si leur action n'était aidée, dirigée et suppléée par la religion. Comme aussi la morale et la religion seraient presque toujours impuissantes, pour assurer la paix de la société, sans le secours des lois civiles.

Ces lois n'ont point d'empire sur les consciences ; leur grand objet est la paix publique plutôt que la vertu.

Le droit civil garde donc, et doit garder le silence sur le plus grand nombre de nos actions, quoiqu'il en soit fort peu qui n'aient une influence plus ou moins directe, plus ou moins éloignée sur le repos ou sur le bonheur de nos semblables.

La morale et le droit naturel, suppléent alors aux lois civiles, en nous enseignant que tout ce que la loi civile tolère n'est pas honnête (1), en nous ordonnant de diriger nos actions conformément à ces maximes dictées par la saine raison, et qui sont gravées dans notre cœur : « Ne

sent volontairement entre eux, comme la vente, le louage, le dépôt; etc.; ou à l'occasion de faits arrivés contre la volonté de celui qui éprouve le préjudice, comme dans le cas du larcin, de l'adultère, du meurtre, des injures, des outrages, etc.

La justice commutative ou corrective, qui défend de faire acception des personnes, s'étend donc à la répression des délits, aussi bien qu'aux affaires d'un intérêt purement pécuniaire. Dans un cas comme dans l'autre, elle défend d'avoir égard à la qualité des personnes. De-là l'ingénieux emblème du bandeau que les anciens ont mis sur les yeux de la justice. C'est donc sans raison que certains docteurs étendent la justice distributive à l'application des peines : *in præmiis et pœnis versatur habitâ ratione personarum.*

Il est vrai qu'en certains états, et autrefois en France, où il existait des castes privilégiées, d'injustes lois prononçaient, pour le même délit, des peines différentes contre les individus des castes privilégiées et contre les plébéiens. Les articles 674 et 675 de la coutume de Bretagne, par exemple, portaient :

« Quand gens de bas état ou viles personnes injurient le noble, ils doi-
» vent être punis de prison, ou autrement, à l'arbitrage du juge :
» Et si noble personne dit injure à vile personne, il doit le réparer par pécune. »

Mais aujourd'hui *la loi est la même pour tous, soit qu'elle protége, soit qu'elle punisse. Les mêmes délits sont punis des mêmes peines, sans aucune distinction des personnes.* Ces garanties données, dès 1791, par l'art. 6 de la déclaration des droits, et par le titre 1 de la constitution, sont brièvement, mais énergiquement répétées dans l'art. 1er. de la Charte : « Tous les Français sont égaux devant la loi, quels que soient d'ailleurs leurs titres et leurs rangs. »

(1) *Non omne quod licet honestum est*, l. 144, *ff. de R. J.*

» fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse à » toi-même; fais à ton prochain tout le bien que tu désires » pour toi ; que le bonheur du plus grand nombre soit la » loi suprême. »

Mais tous les hommes ne savent pas obéir à leur raison, tous ne savent pas écouter, encore moins suivre la voix secrète de leur conscience ; et, dans les actions mêmes prescrites par la loi civile; il en est un nombre infini dont on peut dérober la connaissance aux hommes, et qui ne peuvent conséquemment être réprimées par l'autorité du magistrat chargé de faire observer la loi. C'est alors que la religion vient prêter son secours favorable à la société, en enseignant aux hommes que rien n'est caché aux yeux de l'être souverainement intelligent ; que l'ame est immortelle et que l'homme ne périt pas tout entier ; qu'il existe une autre vie où les bons seront récompensés et les méchants punis ; en un mot, qu'il est un vengeur des crimes les plus secrets. La religion offre donc des secours à l'homme faible, des consolations aux malheureux ; elle épouvante le méchant par la vue des peines qui l'attendent ; elle fait de tous les hommes un peuple de frères.

Quand il serait possible de comprimer le peuple par l'action des lois civiles, quand il serait inutile que les sujets eussent une religion, il ne le serait pas que les princes en eussent, et qu'ils blanchissent d'écume le seul frein que puissent avoir ceux qui ne craignent pas les lois humaines.

Ces belles expressions sont de Montesquieu, liv. 24, chap. 2 :

« Un prince, dit-il, qui aime la religion, est un lion qui cède à la main qui le flatte, ou à la voix qui l'apprivoise. Celui qui craint la religion et qui la hait, est comme les bêtes sauvages qui mordent la chaîne qui les empêche de se jeter sur les passants. Celui qui n'a point du tout de religion, est cet animal terrible qui ne sent la liberté que lorsqu'il déchire et qu'il dévore. »

Le droit naturel et la religion suffiraient seuls pour conduire les hommes, si tous les hommes étaient vraiment religieux de cœur et d'esprit ; mais il n'est pas besoin d'avoir beaucoup étudié les hommes en société, pour voir que la plupart sont entraînés par leurs passions, indépendamment de leur croyance et de ce que la raison leur prescrit. S'ils ne rencontraient pas d'autres obstacles à leur cupidité et à leurs passions désordonnées, ils porteraient le trouble dans

la société, et finiraient par la dissoudre et la renverser. L'action de la loi civile vient enchaîner alors ces animaux féroces, et, ne pouvant les forcer à être vertueux, elle les force du moins à vivre en citoyens paisibles, à respecter les droits de leurs semblables et ceux de la société, sous peine de voir tourner contre eux toutes les forces de la société entière, dirigées par l'autorité publique.

Ainsi, la loi civile renforce la religion et la morale, supplée à leur insuffisance, les fait respecter, et force même d'observer leurs préceptes les plus essentiels.

D'un autre côté, la religion et la morale suppléent au silence de la loi civile dans les cas qu'elle n'a pas réglés.

Il y a donc une alliance réelle et nécessaire entre le droit civil, la morale et la religion, et c'est de leur accord que dépendent la bonté des institutions d'un état, la paix de la société, et le bonheur de chacun de ses membres en particulier.

Voilà ce qu'ont pensé les législateurs anciens et modernes, voilà ce qu'ont enseigné les philosophes.

9. C'est la volonté de Dieu, promulguée par la droite raison, qui est ce que l'on appelle la loi naturelle.

C'est une loi que Dieu a donnée à tous les hommes et qu'ils peuvent connaître par les seules lumières de leur raison, en considérant leur nature et leur état.

10. Le droit naturel n'est autre chose que le système ou la collection de ces mêmes lois réunies dans un ordre méthodique.

11. Le mot droit, si fréquemment employé par les jurisconsultes, vient du mot latin *directum* (1). Il a différentes acceptions.

Tantôt il signifie la science même de la jurisprudence, comme quand on dit : Les écoles de droit.

Tantôt il est employé pour signifier la loi même, comme

(1) Supin du verbe *dirigere*, d'où on a fait *drictum*, *drictura*, *droict*, *droicture*, et enfin *droit*.

Le mot *jus* en latin a les mêmes acceptions. Il vient du mot *jussum*, commandement. Dans l'ancienne langue latine, on disait *jussa* au lieu de *jura*. Les Romains alors n'avaient point la lettre R, qui ne fut introduite qu'assez tard dans leur langue. Alors ils dirent *jus*, *juris*, *jura*, au lieu de *jussa*. On trouve encore *jussa* pour *jura* dans les fragments de Festus.

Le mot *jura* signifiait donc les commandements, les ordonnances ; en un mot, les lois. *Id quod est jussum*, ce qui est commandé. De-là les mots *justum*, ce qui est conforme aux préceptes, aux ordonnances, aux lois ; et *justitia*, la conformité de la volonté ou des actions à la loi. On ne croyait rien de juste que ce qui était ordonné par une autorité supérieure.

quand on dit : Faire droit sur une demande, c'est-à-dire, appliquer les lois à la demande.

Tantôt il signifie le recueil ou la collection des lois d'une même espèce; ainsi l'on dit : Le droit naturel, le droit civil, le droit des gens, le droit maritime, etc.

Tantôt il est pris pour une faculté accordée et régie par les lois; ainsi l'on dit : Le droit de propriété, le droit de tester, le droit de succéder, etc. C'est dans ce sens qu'on distingue les droits réels et les droits personnels, les droits à la chose et les droits sur la chose, *jus ad rem*, *jus in re*; et, dans ce sens, les différents droits qui nous appartiennent sont proprement l'objet des lois et de la jurisprudence.

La jurisprudence naturelle est l'art de parvenir à la connaissance des lois naturelles, de les expliquer et de les appliquer aux actions humaines.

12. Le droit naturel appliqué aux affaires des nations, est appelé droit des gens, *jus gentium*.

Les nations, les unes à l'égard des autres, sont considérées comme de simples individus : et comme elles n'ont point d'autre supérieur commun que la divinité, les contestations et les difficultés que font naître les relations qu'elles ont entre elles ne peuvent être réglées que par le droit naturel. C'est donc avec raison que les jurisconsultes romains ont défini le droit des gens, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit vocatur jus gentium*. §. 1. *L. de Jur. nat. gent. et civ. L.* 9. *ff. de just. et jur.*

Mais il existe un autre droit des gens positif, fondé sur les traités de paix, d'alliance et de commerce, ou sur les usages généralement observés entre les nations civilisées.

13. Les individus composant une nation ont un supérieur commun qui a le droit de fixer, d'une manière positive, les préceptes du droit naturel, de leur donner une sanction nouvelle, de suppléer à leur silence, en un mot, de prescrire des lois et des règles de conduite en tout ce qui concerne le bien général de la société, et les droits respectifs de chacun de ses membres.

C'est la collection de ces lois particulières à chaque peuple, qu'on appelle *droit civil*; c'est-à-dire, droit de la cité, *jus civitatis*, le droit propre à chaque cité. Car le corps moral et collectif, le corps politique que compose un peuple réuni en société, s'appelait autrefois cité, *civitas* (1), nom qu'on

(1) « La cité ne consiste point dans les maisons, les portiques, les places

lui donne encore quelquefois. On le nomme plus communément *république*, expression qu'il ne faut pas confondre avec la démocratie qui présente une idée toute différente.

La loi civile est donc une règle de conduite prescrite à tous les citoyens par leur souverain légitime, sur un objet d'intérêt commun. C'est la déclaration solennelle du pouvoir législatif, par laquelle il commande, sous certaines peines ou sous certaines récompenses, ce que chaque citoyen doit faire, ne pas faire, ou souffrir pour le bien commun de la société.

14. La loi est une règle de conduite prescrite à tous les citoyens. Ce n'est donc point un ordre transitoire relatif à un individu ou à un objet particulier; c'est une règle permanente, uniforme, prescrite sur un objet d'utilité générale et d'intérêt commun.

La loi considère les sujets en masse, et les actions en elles-mêmes et par abstraction. Elle ne peut statuer sur un individu, ni sur une action ou sur un cas particulier; elle doit être égale pour tous, soit qu'elle protége, soit qu'elle punisse (1): tous les citoyens sont égaux à ses yeux.

15. La loi diffère du conseil qui peut être donné même par un inférieur, et que nous avons la liberté de suivre ou de ne pas suivre; au lieu que la loi est un précepte auquel nous sommes obligés d'obéir.

16. La loi diffère de la convention, en ce que la loi intervient entre un supérieur et un inférieur; la convention, entre deux personnes indépendantes.

La loi tire sa force de la seule volonté du souverain; la convention, du consentement des deux parties.

17. La loi diffère de ce que nous appelons *des règles de droit*, *regulæ juris*. Ces règles ne sont que des maximes générales, formées par les jurisconsultes, qui, après avoir observé ce qu'il y a dans les lois de commun à plusieurs cas particuliers, énoncent cette conformité par une maxime qu'ils appellent une règle; parce qu'en effet, dans les cas douteux et imprévus, elle sert de règle de décision, elle sert à rattacher les cas particuliers aux principes généraux.

» publiques, ce sont les hommes qui font la cité. » L'empereur Auguste dans Dion Cassius, liv. 56. *Voy.* l'Esprit des lois, liv. 23, chap. 21.

(1) Déclaration des droits de 1791, art. 6. La Charte constitutionnelle porte, art. 1er. « Les Français sont égaux devant la loi, quels que soient d'ailleurs leurs titres et leurs rangs.

» Ils contribuent indistinctement, dans la proportion de leur fortune, aux » charges de l'état, art. 2.

» Ils sont tous également admissibles aux emplois civils et militaires, art. 3. »

Plusieurs règles de droit ont été érigées en loi dans le Code civil, afin que les conséquences directes qui en dérivent, soient la règle de conduite des juges et des citoyens. Ces conséquences ont alors force de loi.

18. La loi diffère des ordres ou des commandements donnés par une autorité légitime, quoiqu'ils soient obligatoires, parce que la loi veut qu'on les exécute ; mais ils ont pour objet quelques actions particulières commandées ou défendues à certains individus, en certaines occasions, et non point comme la loi, des actions en général, abstraction faite des individus; ces ordres ne sont le plus souvent que l'injonction d'exécuter la loi.

19. Enfin, la loi diffère des jugements qui ne peuvent intervenir que sur des actions passées auxquelles le juge applique la loi, au lieu que la loi ne peut statuer que sur l'avenir. Le législateur ne saurait régler ce qui n'existe plus ; le passé n'est pas en son pouvoir ; la loi n'a point d'effet rétroactif.

Nous avons dit que la loi est une règle prescrite par le souverain, une déclaration solennelle du pouvoir législatif. Il faut donc voir ce que c'est que le souverain, ce que c'est que le pouvoir législatif, à qui il est confié en France, comment il est exercé, comment se fait la loi, et combien il y en a d'espèces.

SECTION II.

De la souveraineté, du pouvoir législatif, et des différentes espèces de gouvernements.

SOMMAIRE.

20. Définition de la souveraineté.
21. A qui elle appartient.
22. Ne peut être exercée que par délégation.
23. Peut se diviser en trois pouvoirs.
24. Pouvoir législatif.
25. Pouvoir exécutif.
26. Pouvoir judiciaire.
27. Ce que c'est que la constitution d'un état.
28. De la démocratie, qu'il ne faut pas confondre avec la république.
29. De l'aristocratie.
30. De la monarchie.
31. Des gouvernements mixtes.
32. Du despotisme et de la tyrannie.
33. Des changements insensibles qui peuvent se faire dans la forme de la constitution d'un état.
34. Doctrine de Locke et de Montesquieu, sur la division des pouvoirs, préférable à celle des anciens auteurs allemands.

20. La souveraineté est la toute-puissance humaine. C'est la réunion de tous les pouvoirs; c'est le pouvoir de tout faire dans un état, sans en devoir compte à personne; de faire des lois et de les exécuter ou de les appliquer, de battre monnaie, d'imposer et lever des contributions, de faire la guerre ou la paix, des traités d'alliance ou de commerce avec les nations étrangères, etc.

21. On a dit que la souveraineté appartenait au peuple, et qu'elle résidait essentiellement dans le corps de la nation.

22. Mais ce langage est une abstraction. La nation de qui émanent tous les pouvoirs ne peut les exercer que par délégation. Il est impossible qu'elle les exerce autrement, si ce n'est peut-être dans de petites républiques dont la durée est nécessairement courte et précaire.

23. Quand on analyse la souveraineté, elle se divise assez naturellement en trois pouvoirs; le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

24. Le premier est le pouvoir de faire des lois nouvelles, de corriger ou d'abroger les anciennes.

25. Le second, le pouvoir de faire exécuter les lois, tant dans l'intérieur de l'état qu'à l'extérieur.

26. Le troisième, le pouvoir d'appliquer la loi aux faits particuliers, de juger les différends qui s'élèvent entre les citoyens, et de punir les crimes.

27. Les lois qui règlent la division des pouvoirs, qui déterminent à quelles personnes chacun de ces pouvoirs doit être confié, la manière dont il doit être exercé, sont ce qu'on appelle la constitution d'un état.

C'est par le nombre des personnes qui exercent dans un état tous les pouvoirs, ou la plus grande partie des pouvoirs qui forment la souveraineté, qu'on qualifié sa constitution.

28. Lorsque le pouvoir souverain est exercé par le peuple en corps, ou par la plus grande partie du peuple, on donne à ce gouvernement le nom de *démocratie;* expression qui présente une tout autre idée que le mot république, lequel signifie la chose publique ou l'état. Dans ce sens, une république peut être gouvernée par un monarque: république et démocratie, ou état démocratique, sont donc deux choses très-différentes.

29. Lorsque le pouvoir souverain est exercé par un petit nombre de personnes exclusivement au reste du peuple, on donne à cette forme de gouvernement le nom d'*aristocratie*.

30. Enfin, lorsque le pouvoir souverain est concentré dans

la main d'un magistrat unique, cette troisième forme de gouvernement s'appelle *monarchie.*

Telles sont les trois formes de constitution ou de gouvernement simples, reconnues par les auteurs qui ont écrit sur la politique.

Ces mots *constitution* et *gouvernement* s'emploient souvent pour exprimer la même idée, la manière dont la souveraineté s'exerce dans chaque état.

Quelquefois aussi, on entend par gouvernement, le corps ou l'individu à qui, dans un état, est confié le pouvoir exécutif. C'est dans ce sens que ce mot est pris quand on parle du gouvernement par opposition aux autres corps de l'état.

31. Mais les trois formes de gouvernement simples sont susceptibles de varier à l'infini par le mélange et la division des différents pouvoirs, par la manière dont ils sont déférés.

De-là, une multitude de gouvernements mixtes:

Par exemple, le pouvoir souverain peut être exercé par une classe particulière de citoyens privilégiés, nobles ou magistrats, comme il l'était autrefois à Venise; c'est une aristocratie héréditaire.

Il peut l'être par un conseil de citoyens élus par le peuple; c'est une aristocratie élective.

De même, la monarchie peut être héréditaire comme en France, ou élective comme dans l'ancienne Pologne.

Elle est modérée, si la division des différents pouvoirs qui composent la souveraineté et leur exercice, sont réglés par des lois fixes et fondamentales que le monarque ne peut changer. Elle est absolue s'ils ne le sont pas.

32. On appelle despotique l'état où les pouvoirs ne sont point divisés, mais réunis dans la main d'un seul homme, quel que soit le titre qu'il porte, empereur, roi, ou sultan, etc.; où le pouvoir de cet homme n'étant limité par aucune loi, il peut, en suivant sa volonté seule pour règle, faire ou abroger les lois, les exécuter ou faire exécuter comme il lui plaît, juger ses sujets, disposer de leurs vies, de leurs biens, etc.

Le fameux proverbe : *qui veut le roi, si veut la loi, ou que veut le roi, le veut la loi*, établirait un despotisme parfait, si les conséquences en étaient suivies dans toute leur étendue. Mais, en aucun temps, elles ne l'ont été en France; en aucun temps, ce trop fameux adage n'a été la constitution de la France. Si les pouvoirs n'y étaient pas divisés par une charte ou constitution écrite, on y reconnaissait néanmoins des lois fondamentales, transmises par tradition; il existait d'ailleurs des

corps intermédiaires, tels que les parlements, qui s'étaient peu à peu arrogés le droit de vérifier les lois. Enfin, en certaines provinces, comme en Bretagne, il existait une charte ou contrat qui établissait les conditions de la réunion de cette province à la France; et ce contrat était renouvelé à chaque tenue d'états, c'est-à-dire, tous les deux ans. L'une de ses clauses portait qu'aucun édit, déclarations, lettres-patentes et brevets, c'est-à-dire, aucune loi contraire aux priviléges de la province, n'aurait aucun effet en Bretagne, si elle n'était consentie par les états et vérifiée par les cours souveraines de la province. Voyez entre autres, l'article 22 du contrat du 30 mars 1765, passé entre le Roi et les états.

On appelle tyrannie la violation des lois qui règlent la division et l'exercice des pouvoirs, et tyran le chef de l'état, même légitime, qui les viole pour se livrer arbitrairement à des actes contraires à la justice.

On confond souvent le titre de tyran et celui d'usurpateur, parce que les usurpateurs sont presque nécessairement des tyrans. L'usurpation est elle-même un acte de tyrannie; mais, à parler exactement, les mots de tyran et d'usurpateur expriment des idées différentes. Un roi, même légitime, peut devenir tyran, s'il gouverne d'une manière injuste et despotique; et un usurpateur peut cesser d'être tyran, gouverner et se conduire d'une manière conforme à la justice.

33. Le pouvoir souverain pouvant être divisé de mille manières différentes, il en résulte des gouvernements mixtes, comme le sont la plupart des gouvernements d'Europe.

On peut même dire avec vérité, que la constitution de chaque état, consistant dans la manière dont les pouvoirs sont divisés, elle ne reste jamais long-temps la même. Sa forme varie plus fréquemment qu'on ne pense, à raison des altérations qu'y éprouve la division des pouvoirs, par les empiètemens insensibles de l'un sur les attributions de l'autre; altérations qui finissent par opérer un changement réel dans la nature de la constitution et du gouvernement.

34. Ces auteurs français ont suivi la doctrine de Montesquieu, dans la division des pouvoirs en législatif, exécutif et judiciaire. Elle a prévalu sur celle de Locke, qui les divisait en pouvoirs législatif, exécutif et fédératif, car les écrivains n'emploient pas tous, les mêmes dénominations, et ils n'attachent pas tous, la même collection d'idées aux mêmes mots.

Il faut bien observer cette différence en les étudiant. Cette doctrine de la division des pouvoirs en législatif, exécutif et

judiciaire, est plus conforme à la nature des choses, et beaucoup plus commode que la doctrine des anciens auteurs allemands et des autres écrivains qui divisent les droits de la souveraineté, *jura summi imperii*, en différentes espèces : *jura majora*, ou *majestatica et jura minora*, en droits régaliens et non régaliens, *regaliens et non regaliens*.

Cette dernière division doit sa naissance au droit féodal et aux querelles sans cesse renaissantes entre les rois et leurs grands vassaux, ducs, comtes et barons, qui étaient de petits rois dans leurs petits états.

SECTION III.

De la division des pouvoirs en France; à qui est confié le pouvoir législatif; comment il s'exerce et comment se forme la loi.

SOMMAIRE.

35. Les pouvoirs sont divisés en France par la Charte constitutionnelle.
36. Offerte par le Roi aux représentants de la nation, la Charte n'est pas moins inviolable que si elle avait été présentée par eux à S. M.
37. Texte de la Charte.
38. La Charte a divisé le pouvoir législatif entre le Roi, la chambre des pairs et la chambre des députés.
39. Au Roi seul appartient l'*initiative*, ou le droit de proposer la loi. Importance de cette prérogative.
40. Aujourd'hui que le corps législatif est divisé en deux chambres, elles pourraient sans danger partager l'initiative avec Sa Majesté.
41. Mais il serait dangereux de revoir la Charte.
42. Les chambres ont la faculté de présenter un projet de loi, en suppliant Sa Majesté de le proposer, et comment.
43. Différence entre l'initiative et la simple demande de proposer une loi.
44. Comment le Roi propose la loi.
45. La loi de l'impôt est proposée à la chambre des députés avant de l'être à celle des pairs.
46. La loi doit être discutée et votée librement. Renvoi aux règlements pour la forme.
47. Les chambres ne motivent ni leur adoption ni leur refus.
48. La chambre qui adopte la loi, en fait dresser la minute dont elle adresse une expédition au Roi qui la renvoie à l'autre chambre.
49. Quand celle-ci a adopté le projet de loi, il reste au Roi le droit de la rejeter, ou de la *sanctionner* en l'acceptant.
50. Parce que les chambres ont le droit de faire des amendements, tant au fond qu'à la rédaction du projet.
51. La Charte suppose ce droit en accordant la sanction au Roi, outre l'initiative de la loi.
52. La sanction est le complément de la loi, elle lui donne l'existence.
53. Quatre choses sont aujourd'hui nécessaires pour la formation de la loi.

35. Nous n'avons point à disputer en France sur la ma-

nière dont la souveraineté et les pouvoirs qu'elle contient doivent être divisés : après beaucoup de variations, de troubles et de malheurs, ils l'ont été d'une manière stable par la Charte constitutionnelle ; par cette Charte que le génie de Louis XVIII, si bien fait pour *apprécier les progrès toujours croissants des lumières, les rapports nouveaux que les progrès ont introduits dans la société, et la direction imprimée aux esprits depuis un demi-siècle*, à donnée à la France pour *remplir l'attente de l'Europe éclairée*, et le vœu des Français, qui était *l'expression d'un besoin réel*, ainsi que l'a fort bien observé ce sage monarque.

36. On a dit, on a répété que la Charte ne devait point être donnée par le Roi au peuple, comme une concession, mais plutôt présentée par le peuple ou par ses représentants à l'acceptation du Roi, comme une condition de son élévation à la couronne.

Sans doute dans le cas où la maison régnante viendrait à s'éteindre, ce qui n'arrivera point, grâces à Dieu qui protége la France, la nation, ou plutôt ses représentants, en appelant au trône une nouvelle famille, pourraient lui faire souscrire les conditions de son élévation (1) ; mais tandis qu'il existe des membres de cette antique et auguste race des Bourbons, appelés par leur naissance dans l'ordre de la loi salique, on n'a point à régler les conditions de leur vocation au trône. On peut seulement, comme le faisaient autrefois les états de Bretagne, passer avec le monarque régnant *des contrats* librement consentis, qui lient irrévocablement ses successeurs, et qui ne sont ni moins inviolables, ni moins sacrés, lorsque la proposition en a été faite par le Roi, que lorsqu'elle l'a été par la nation ou par ses représentants. La proposition faite du propre mouvement de l'autorité royale, présente, même aux vrais amis de la liberté, un avantage précieux qu'a fort bien fait remarquer notre sage monarque dans le préambule de la Charte ; c'est que les partisans du pouvoir sans bornes et de la monarchie absolue, ne peuvent plus dire, comme ils le disaient de la constitution acceptée par le Roi, le 4 septembre 1791, que c'est *une concession arrachée à la faiblesse par la violence*.

(1) Louis XV, dans l'édit du mois de juillet 1717, qui regarde les princes légitimés, reconnaît solennellement que c'est à la nation de se choisir un roi, dans le cas où la maison royale viendrait à s'éteindre. Même reconnaissance dans une déclaration du 26 avril 1723, qui règle le rang des princes légitimés. Le texte de ces deux lois se trouve dans les Maximes du droit public français, tom. II, pag. 136 et 137 de l'édition in-4°., et tome II, première partie de l'édition in-12, pag. 397.

La Charte constitutionnelle est une concession libre et réfléchie ; c'est le fruit de la sagesse et de la méditation d'un monarque instruit à l'école du malheur, et qui a recueilli les leçons d'une longue expérience : *qui mores hominum multorum vidit et urbes.* Ses successeurs ne pourraient ni la révoquer ni la modifier sans devenir tyrans, et sans violer leurs serments. L'observation en a été solennellement mais surabondamment jurée par tous les princes de la famille royale, à qui nos lois et leur naissance donnent des droits au trône. Les modifications ou les changements que les leçons de l'expérience et le vœu des peuples pourraient un jour y faire désirer, ne peuvent s'opérer qu'en suivant les formes constitutionnelles (1). Il faut mettre sous les yeux de nos lecteurs le texte de cette Charte que tout Français devrait apprendre par cœur, pour apprendre en même temps à bénir le monarque qui nous l'a donnée.

CHARTE CONSTITUTIONNELLE.

(4 juin 1814.)

37. Louis, par la grâce de Dieu, roi de France et de Navarre :

A tous ceux qui ces présentes verront, salut.

La divine Providence, en nous appelant dans nos états après une longue absence, nous a imposé de grandes obligations. La paix était le premier besoin de nos sujets : nous nous en sommes occupé sans relâche, et cette paix si nécessaire à la France comme au reste de l'Europe, est signée. Une charte constitutionnelle était sollicitée par l'état actuel du royaume ; nous l'avons promise, et nous la publions. Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du Roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à en modifier l'exercice, suivant la différence des temps ; que c'est ainsi que les communes ont dû leur affranchissement à Louis-le-Gros, la confirmation et l'extension de leurs droits à Saint-Louis et à Philippe-le-Bel ; que l'ordre judiciaire a été établi et développé par les lois de Louis XI, de Henri II et de Charles IX ; enfin, que Louis XIV a réglé presque toutes les parties de l'administration publique par différentes ordonnances dont rien encore n'avait surpassé la sagesse.

(1) Loi du 13 juillet 1815.

Nous avons dû, à l'exemple des rois nos prédécesseurs, apprécier les effets des progrès toujours croissants des lumières, les rapports nouveaux que ces progrès ont introduits dans la société, la direction imprimée aux esprits depuis un demi-siècle, et les graves altérations qui en sont résultées. Nous avons reconnu que le vœu de nos sujets pour une charte constitutionnelle, était l'expression d'un besoin réel; mais en cédant à ce vœu, nous avons pris toutes les précautions pour que cette charte fût digne de nous et du peuple auquel nous sommes fiers de commander. Des hommes sages, pris dans les premiers corps de l'état, se sont réunis à des commissaires de notre conseil, pour travailler à cet important ouvrage.

En même temps que nous reconnaissions qu'une constitution libre et monarchique devait remplir l'attente de l'Europe éclairée, nous avons dû nous souvenir aussi que notre premier devoir envers nos peuples, était de conserver, pour leur propre intérêt, les droits et les prérogatives de notre couronne. Nous avons espéré qu'instruits par l'expérience, ils seraient convaincus que l'autorité suprême peut seule donner aux institutions qu'elle établit, la force, la permanence et la majesté dont elle est elle-même revêtue; qu'ainsi, lorsque la sagesse des rois s'accorde librement avec le vœu des peuples, une charte constitutionnelle peut être de longue durée; mais que, quand la violence arrache des concessions à la faiblesse du gouvernement, la liberté publique n'est pas moins en danger que le trône même. Nous avons enfin cherché les principes de la charte constitutionnelle dans le caractère français, et dans les monuments vénérables des siècles passés.

Ainsi, nous avons vu dans le renouvellement de la pairie une institution vraiment nationale, et qui doit lier tous les souvenirs à toutes les espérances, en réunissant les temps anciens et les temps modernes.

Nous avons remplacé, par la chambre des députés, ces anciennes assemblées des Champs de Mars et de Mai, et ces chambres du tiers-état, qui ont si souvent donné, tout-à-la-fois, des preuves de zèle pour les intérêts du peuple, de fidélité et de respect pour l'autorité des rois. En cherchant ainsi, à renouer la chaîne des temps que de funestes écarts avaient interrompue, nous avons effacé de notre souvenir, comme nous voudrions qu'on pût les effacer de l'histoire, tous les maux qui ont affligé la patrie durant notre absence. Heureux de nous retrouver au sein de la grande famille, nous

n'avons su répondre à l'amour dont nous recevons tant de témoignages, qu'en prononçant des paroles de paix et de consolation. Le vœu le plus cher à notre cœur, c'est que tous les Français vivent en frères, et que jamais aucun souvenir amer ne trouble la sécurité qui doit suivre l'acte solennel que nous leur accordons aujourd'hui.

Sûr de nos intentions, fort de notre conscience, nous nous engageons devant l'assemblée qui nous écoute, à être fidèles à cette charte constitutionnelle, nous réservant d'en jurer le maintien, avec une nouvelle solennité, devant les autels de celui qui pèse dans la même balance les rois et les nations.

A ces causes,

Nous avons volontairement, et par le libre exercice de notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours, de la charte constitutionnelle qui suit :

Droit public des Français.

Art. 1er. Les Français sont égaux devant la loi, quels que soient d'ailleurs leurs titres et leurs rangs.

2. Ils contribuent indistinctement, dans la proportion de leur fortune, aux charges de l'état.

3. Ils sont tous également admissibles aux emplois civils et militaires.

4. Leur liberté individuelle est également garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit.

5. Chacun professe sa religion avec une égale liberté et obtient pour son culte, la même protection.

6. Cependant, la religion catholique, apostolique et romaine, est la religion de l'état.

7. Les ministres de la religion catholique, apostolique et romaine, et ceux des autres cultes chrétiens, reçoivent seuls des traitements du trésor royal.

8. Les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions, en se conformant aux lois qui doivent réprimer les abus de cette liberté.

9. Toutes les propriétés sont inviolables, sans aucune exception de celles qu'on appelle *nationales*, la loi ne mettant aucune différence entre elles.

10. L'état peut exiger le sacrifice d'une propriété, pour cause d'intérêt public légalement constaté ; mais avec une indemnité préalable.

11. Toutes recherches des opinions et votes émis jusqu'à la restauration, sont interdites. Le même oubli est commandé aux tribunaux et aux citoyens.

12. La conscription est abolie. Le mode de recrutement de l'armée de terre et de mer est déterminé par une loi.

Formes du Gouvernement du Roi.

13. La personne du Roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au roi seul appartient la puissance exécutive.

14. Le Roi est le chef suprême de l'état, commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'état.

15. La puissance législative s'exerce collectivement par le Roi, la chambre des pairs et la chambre des députés des départements.

16. Le Roi propose la loi.

17. La proposition de la loi est portée, au gré du Roi, à la chambre des pairs ou à celle des députés, excepté la loi de l'impôt, qui doit être adressée d'abord à la chambre des députés.

18. Toute loi doit être discutée et votée librement par la majorité de chacune des deux chambres.

19. Les chambres ont la faculté de supplier le Roi de proposer une loi sur quelque objet que ce soit, et d'indiquer ce qui leur paraît convenable que la loi contienne.

20. Cette demande pourra être faite par chacune des deux chambres, mais après avoir été discutée en comité secret : elle ne sera renvoyée à l'autre chambre par celle qui l'aura proposée, qu'après un délai de dix jours.

21. Si la proposition est adoptée par l'autre chambre, elle sera mise sous les yeux du Roi ; si elle est rejetée, elle ne pourra être représentée dans la même session.

22. Le roi seul sanctionne et promulgue les lois.

23. La liste civile est fixée pour toute la durée du règne, par la première législature assemblée depuis l'avénement du roi.

De la chambre des Pairs.

24. La chambre des pairs est une portion essentielle de la puissance législative.

25. Elle est convoquée par le Roi en même temps que la chambre des députés des départements. La session de l'une commence et finit en même temps que celle de l'autre.

26. Toute assemblée de la chambre des pairs qui serait tenue hors du temps de la session de la chambre des députés, ou qui ne serait pas ordonnée par le Roi, est illicite et nulle de plein droit.

27. La nomination des pairs de France appartient au Roi. Leur nombre est illimité : il peut en varier les dignités, les nommer à vie ou les rendre héréditaires, selon sa volonté.

28. Les pairs ont entrée dans la chambre à vingt-cinq ans, et voix délibérative à trente ans seulement.

29. La chambre des pairs est présidée par le chancelier de France, et, en son absence, par un pair nommé par le Roi.

30. Les membres de la famille royale et les princes du sang sont pairs par le droit de leur naissance. Ils siégent immédiatement après le président ; mais il n'ont voix délibérative qu'à vingt-cinq ans.

31. Les princes ne peuvent prendre séance à la chambre que de l'ordre du Roi, exprimé pour chaque session par un message, à peine de nullité de tout ce qui aura été fait en leur présence.

32. Toutes les délibérations de la chambre des pairs sont secrètes.

33. La chambre des pairs connaît des crimes de haute trahison et des attentats à la sûreté de l'État qui seront définis par la loi.

34. Aucun pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la chambre, et jugé que par elle en matière criminelle.

De la Chambre des Députés des départements.

35. La chambre des députés sera composée des députés élus par les colléges électoraux, dont l'organisation sera déterminée par des lois.

36. Chaque département aura le même nombre de députés qu'il a eu jusqu'à présent.

37. Les députés seront élus pour cinq ans, et de manière que la chambre soit renouvelée chaque année par cinquième.

38. Aucun député ne peut être admis dans la chambre s'il n'est âgé de quarante ans, et s'il ne paie une contribution directe de mille francs.

39. Si néanmoins il ne se trouvait pas dans le département, cinquante personne de l'âge indiqué, payant au moins mille francs de contributions directes, leur nombre sera complété par les plus imposés au-dessous de mille francs, et ceux-ci pourront être élus concurremment avec les premiers.

40. Les électeurs qui concourent à la nomination des députés, ne peuvent avoir droit de suffrage s'ils ne paient une contribution directe de trois cents francs, et s'ils ont moins de trente ans.

41. Les présidents des colléges électoraux seront nommés par le Roi, et de droit membre du collége.

42. La moitié au moins des députés sera choisie parmi des éligibles qui ont leur domicile politique dans le département.

43. Le président de la chambre des députés, est nommé par le Roi, sur une liste de cinq membres présentée par la chambre.

44. Les séances de la chambre sont publiques; mais la demande de cinq membres suffit pour qu'elle se forme en comité secret.

45. La chambre se partage en bureaux pour discuter les projets qui lui ont été présentés de la part du Roi.

46. Aucun amendement ne peut être fait à une loi, s'il n'a été proposé ou consenti par le Roi, et s'il n'a été renvoyé et discuté dans les bureaux.

47. La chambre des députés reçoit toutes les propositions d'impôts, ce n'est qu'après que ses propositions ont été admises, qu'elles peuvent être portées à la chambre des pairs.

48. Aucun impôt ne peut être établi ni perçu, s'il n'a été consenti par les deux chambres et sanctionné par le Roi.

49. L'impôt foncier n'est consenti que pour un an. Les impositions indirectes peuvent l'être pour plusieurs années.

50. Le Roi convoque chaque année, les deux chambres; il les proroge, et peut dissoudre celle des députés des départements; mais, dans ce cas, il doit en convoquer une nouvelle dans le délai de trois mois.

51. Aucune contrainte par corps ne peut être exercée con-

tre un membre de la chambre, durant la session, et dans les six semaines qui l'auront précédée ou suivie.

52. Aucun membre de la chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ni arrêté en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, qu'après que la chambre a permis sa poursuite.

53. Toute pétition, à l'une ou à l'autre des chambres, ne peut être faite et présentée que par écrit. La loi interdit d'en apporter en personne à la barre.

Des Ministres.

54. Les ministres peuvent être membres de la chambre des pairs ou de la chambre des députés. Ils ont en outre leur entrée dans l'une ou l'autre chambre, et doivent être entendus quand ils le demandent.

55. La chambre des députés a le droit d'accuser les ministres, et de les traduire devant la chambre des pairs, qui seule a celui de les juger.

56. Ils ne peuvent être accusés que pour fait de trahison ou de concussion. Des lois particulières spécifieront cette nature de délits, et en détermineront la poursuite.

De l'Ordre judiciaire.

57. Toute justice émane du Roi. Elle s'administre, en son nom, par des juges qu'il nomme et qu'il institue.

58. Les juges nommés par le Roi sont inamovibles.

59. Les cours et tribunaux ordinaires actuellement existants sont maintenus. Il n'y sera rien changé qu'en vertu d'une loi.

60. L'institution actuelle des juges de commerce est conservée.

61. La justice de paix est également conservée. Les juges de paix, quoique nommés par le Roi, ne sont point inamovibles.

62. Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels.

63. Il ne pourra en conséquence être créé de commissions et tribunaux extraordinaires. Ne sont pas comprises, sous cette dénomination, les juridictions prévotales, si leur rétablissement est jugé nécessaire.

64. Les débats seront publics en matière criminelle, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre

et les mœurs; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement.

65. L'institution des jurés est conservée. Les changemens qu'une plus longue expérience ferait juger nécessaires, ne peuvent être effectués que par une loi.

66. La peine de la confiscation des biens est abolie, et ne pourra pas être rétablie.

67. Le Roi a le droit de faire grâce, et celui de commuer les peines.

68. Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé.

Droits particuliers garantis par l'État.

69. Les militaires en activité de service, les officiers et soldats en retraite, les veuves, les officiers et soldats pensionnés, conserveront leurs grades, honneurs et pensions.

70. La dette publique est garantie. Toute espèce d'engagement pris par l'État avec ses créanciers, est inviolable.

71. La noblesse ancienne reprend ses titres. La nouvelle conserve les siens. Le roi fait des nobles à volonté; mais il ne leur accorde que des rangs et des honneurs, sans aucune exemption des charges et des devoirs de la société.

72. La Légion-d'Honneur est maintenue. Le Roi déterminera les règlements intérieurs et la décoration.

73. Les colonies seront régies par des lois et des règlements particuliers.

74. Le Roi et ses successeurs jureront, dans la solennité de leur sacre, d'observer fidèlement la présente Charte constitutionnelle.

Articles transitoires.

75. Les députés des départemens de France qui siégaient au corps législatif lors du dernier ajournement, continueront de siéger à la chambre des députés, jusqu'à remplacement.

76. Le premier renouvellement d'un cinquième de la chambre des députés aura lieu au plus tard en l'année 1816, suivant l'ordre établi entre les séries.

Nous ordonnons que la présente charte constitutionnelle, mise sous les yeux du sénat et du corps législatif conformément à notre proclamation du 2 mai, sera envoyée incontinent à la chambre des pairs et à celle des députés.

Donnée à Paris, l'an de grâce 1814, et de notre règne le dix-neuvième.

Signé Louis.

Et plus bas : *Le ministre secrétaire-d'état*,
Signé l'abbé DE MONTESQUIOU.

Visa : *Le chancelier de France*,

Signé DAMBRAY.

Nous n'entreprendrons point ici de développer toutes les dispositions de la Charte ; la plupart des lois qui doivent en contenir le développement ne sont point encore rendues. Nous arrêterons seulement l'attention de nos lecteurs sur les points qui concernent la division du pouvoir législatif, et la manière dont se forme la loi.

38. La Charte n'a confié le pouvoir législatif ni à un seul magistrat, ni à un seul corps ; elle l'a divisé en trois *pouvoirs, qui tous coucourent à la formation de la loi* (1).

« La puissance législative, porte l'art. 15, s'exerce collec- » tivement par le Roi, la chambre des pairs et la chambre des » *députés des départements*, » qui sont *représentants de la nation*, ainsi que le Roi les appelle dans le discours qu'il prononça avant la présentation et la lecture de la Charte au corps-législatif, le 4 juin 1814.

39. « Le roi propose la loi (art. 16) » par l'organe des ministres.

Cette importante prérogative de proposer les projets de loi, est ce qu'on appelle l'*initiative*. C'est le premier acte nécessaire à la formation de la loi.

Il fallait accorder au gouvernement, ou l'initiative, ou le droit d'opposition, c'est-à-dire, le droit de s'opposer aux décrets du corps législatif. La constitution de 1791 avait accordé au Roi le droit d'opposition, qu'on appelle *veto*, et lui avait refusé l'initiative. Mais l'exercice du droit d'opposition a toujours quelque chose de dur, qui tend à diminuer l'affection du peuple pour le magistrat suprême. Une funeste expérience en a démontré les mauvais effets ; il a donc paru préférable de donner l'initiative au Roi seul.

40. Il faut cependant remarquer qu'en 1791, le corps législatif n'était composé que d'une chambre, sous le nom d'*Assemblée nationale législative*, et c'est principalement, ou au

(1) Discours de M. le Garde des sceaux à la chambre des pairs, dans les derniers jours d'octobre 1814.

moins en grande partie, de cette imprudente concentration de la puissance législative en un seul corps, jointe à l'initiative qui lui était exclusivement déférée, que la France a dû le commencement de cette longue série de malheurs, dont les effets et les suites pèsent encore sur nous si douloureusement.

Mais la Charte ayant rétabli sous une forme nouvelle, et de nouvelles attributions, l'antique institution de la pairie, qui forme aujourd'hui une chambre dont le concours est nécessaire pour la formation de la loi, aucune proposition de la chambre des députés ne pouvant être présentée au Roi, sans l'approbation de la chambre des pairs, comme aussi aucune proposition de cette chambre ne pouvant être présentée, sans l'approbation de celle des députés, il devient sans danger pour la couronne de faire participer à l'initiative les deux chambres qui exerceraient l'une contre l'autre le droit d'opposition, en cas que l'une d'elles proposât un projet contraire à la Charte, ou à la prérogative royale.

C'est par cette raison sans doute que notre sage monarque, si éclairé sur les prérogatives de sa couronne, mais toujours disposé à satisfaire le vœu de la nation en tout ce qui ne les blesse point, avait voulu, par son ordonnance du 13 juillet 1815, que l'article 16 de la Charte qui lui réserve exclusivement l'initiative, et quelques autres encore qui paraissaient mériter des modifications, fussent soumis à la révision du pouvoir législatif dans la session lors prochaine.

41. Mais les orages qui s'élevèrent dans le sein du corps législatif pendant cette session, lui firent connaître que le temps de revoir la Charte n'était point encore arrivé; que le danger d'innover est placé à côté de l'avantage d'améliorer, et qu'une révision de la Charte pourrait devenir une occasion de la détruire et de l'anéantir, comme quelques esprits, attachés à d'anciens préjugés, en témoignaient le désir. En conséquence, par l'ordonnance devenue célèbre du 5 septembre 1816, le Roi, usant de sa prérogative, prononça la dissolution de la chambre, déclara qu'aucun article de la Charte constitutionnelle ne sera révisé, convoqua les colléges électoraux pour nommer de nouveaux députés, et ordonna que la session de 1816 s'ouvrirait le 4 novembre suivant.

42. A défaut de l'initiative qu'elle refuse aux chambres, la Charte leur donne (art. 19), « la faculté de supplier le Roi » de proposer une loi sur quelque objet que ce soit, et d'in- » diquer ce qui leur paraîtra convenable que la loi contienne. »

Ainsi elles peuvent présenter un projet de loi tout rédigé au Roi, en le suppliant d'en faire la proposition aux chambres. Chacune d'elles peut faire cette demande; mais après avoir été discutée en comité secret, pour éviter l'agitation que pourrait occasioner dans les esprits la discussion publique de certaines propositions.

Et pour plus de maturité, si la proposition est adoptée par l'une des chambres, elle ne peut être envoyée à l'autre qu'après un délai de dix jours. (Art. 20.)

Après ce délai, la chambre qui a adopté la proposition de loi en donne connaissance à l'autre chambre, et si la proposition y est également adoptée, cette chambre adresse, par la voie de son président et de ses secrétaires, un message au Roi (1), pour le supplier de la proposer.

S'il n'adopte point la proposition, il répond : *Le Roi veut en délibérer* (2).

Cette déclaration des volontés du Roi est notifiée à la chambre des pairs par le chancelier, et à celle des députés par une lettre des ministres adressée au président (3).

43. Si le Roi adopte les propositions et suppliques qui lui sont faites, il en fait sa proposition aux chambres, de la même manière qu'il fait proposer les projets de loi émanés de son propre mouvement.

C'est en cela principalement que consiste la différence qui existe entre l'initiative que l'on accorderait aux chambres, et la simple demande d'une loi qu'elles supplient le Roi de proposer. Lorsqu'elles ont l'initiative, le Roi n'a plus qu'à rejeter ou adopter le projet de loi qu'elles ont discuté et délibéré, et qu'elles présentent à son acceptation. S'il l'accepte, la loi est parfaite; il ne reste qu'à la promulguer suivant la formule ordinaire.

Au contraire, s'il adopte la demande d'une proposition de loi, quand même le projet en serait tout rédigé, il doit la proposer aux chambres pour y être de nouveau discutée, délibérée et adoptée.

44. Passons aux propositions de loi faites du propre mouvement de Sa Majesté. Le projet proposé est redigé en forme de loi, signé par le Roi, contresigné par un ministre (4),

(1) *Voy.* l'art. 6 du titre 3 du règlement sanctionné par le Roi, le 28 juin 1814, contenant les relations des chambres avec le Roi et entre elles.

(2) *Voy.* l'article 1er. du titre 4 du même règlement.

(3) Art. 2, *ibid.*

(4) Art. 2, tit. 3 du règlement du 13 août 1814.

et porté aux chambres par les ministres, assistés de commissaires envoyés (1) pour soutenir le projet.

45. Le message est porté, au gré du Roi, à la chambre des pairs ou à celle des députés, excepté la loi de l'impôt qui doit être portée d'abord à la chambre des députés (art. 17 de la Charte), comme représentant le peuple français.

C'est donc cette chambre qui reçoit toutes les propositions d'impôt. Ce n'est qu'après qu'elles y ont été admises, qu'elles peuvent être portées à la chambre des pairs (art. 47).

46. « Toute loi doit être discutée et votée librement par » la majorité de chacune des deux chambres » (art. 18), suivant les formes prescrites par les règlemens faits tant pour la chambre des pairs que pour celle des députés (2).

47. « Les chambres ne motivent ni leur acceptation, ni » leur refus; elles disent seulement : *La chambre a adopté ou* » *n'a pas adopté* (3). »

« La loi qui n'est point adoptée ne donne lieu à au- » cun message, ni à aucune mention sur le registre de la » chambre(4). »

48. Mais « la chambre qui adopte une proposition de » loi en fait *dresser la minute*, signée de son président et de » ses secrétaires, pour être déposée dans ses archives, et » en adresse au Roi une expédition, signée de même, et » qui lui est portée par le président et les secrétaires de la » chambre (5). »

La proposition de la loi est ensuite adressée par le Roi à l'autre chambre, dans la même forme qu'elle avait été adressée à la première.

49. Quand la seconde chambre, à qui elle est adressée a adopté la proposition faite par le Roi, il semblerait d'abord que la loi est définitivement formée, qu'elle existe, et qu'elle

(1) Art. 1er., tit. 3, du règlement du 13 août 1814.

(2) Il faut recourir à ces règlements, dont nous ne donnons point ici l'analyse parce qu'ils peuvent changer.

Le règlement pour la chambre des députés, définitivement adopté dans la séance du 15 juin 1814, a été imprimé chez Hocquart, imprimeur de la chambre des députés, rue Gît-le-Cœur, no. 8, en 1817. Il est distribué à tous les membres de la chambre, à l'ouverture de chaque session en vertu de l'art. 76.

Ce recueil est suivi du règlement contenant les relations des chambres avec le Roi et entre elles, sanctionné par le Roi, le 13 août 1814. Ce règlement ne se trouve point dans le *Bulletin des Lois*. Les règlemens intérieurs et extérieurs de la chambre des pairs, ont été imprimés avec plusieurs autres pièces, chez Didot l'aîné, en 1814.

(3) Art. 3 du tit. 3 du règlement du 13 août 1814.

(4) Art. 4, *ibid.*

(5) Art. 5, *ibid.*

est parfaite par le consentement formel des trois autorités qui exercent collectivement la puissance législative, c'est-à-dire, par la proposition du Roi, qui contient nécessairement son consentement; par l'adoption de la chambre des pairs, par l'adoption de celle des députés. Cependant il n'en est pas ainsi : après l'adoption successive des deux chambres à qui la loi a été proposée par le Roi, la Charte lui réserve en dernier lieu le droit de sanctionner ou de rejeter la loi. (Article 22.)

50. Il ne faut pas s'en étonner. En discutant la loi, les chambres ont la faculté de faire des amendements ou des additions au projet qui leur a été adressé tout rédigé. Elles usent le plus souvent de cette faculté, sans laquelle les lumières que donne la discussion demeureraient sans fruit, à moins qu'après la *non adoption* du projet rejeté par les chambres comme défectueux, le roi n'en présentât un nouveau, contenant les amendements et additions jugés utiles ou nécessaires. Or, cette marche éloignerait beaucoup la formation de la loi, quelque urgente, quelque nécessaire qu'elle pût être, puisqu'une proposition de loi, non adoptée par les deux chambres, ne peut plus être *représentée dans la même session*, suivant l'art. 21 de la Charte. Il a donc paru mieux de permettre aux chambres d'examiner et de discuter la rédaction aussi bien que le fond du projet de loi qui leur est adressé, et d'y insérer, après la discussion, les amendements jugés nécessaires ou utiles. D'ailleurs les ministres et les envoyés du roi prennent ordinairement une part très-active à la discussion.

La chambre qui adopte une proposition de loi, en fait, comme nous l'avons vu, dresser la minute, signée de son président et de ses secrétaires. Cette minute contenant une nouvelle rédaction, ou des changements qu'il n'avait pu prévoir, devait nécessairement être soumise à l'acceptation ou à la sanction du roi, qui exerce la puissance législative, collectivement avec la chambre des pairs et avec celle des députés. C'est donc avec sagesse que la Charte a réservé la sanction au Roi.

51. Remarquons ici que cette réserve suppose nécessairement que les chambres ont la faculté de faire des amendements et des additions au projet de loi qui leur est adressé. Si elles n'avaient que l'alternative de le rejeter ou de l'adopter sans aucun changement, il eût été contre toute raison d'exiger un nouveau consentement du Roi, et de lui réserver la

sanction. La constitution de l'an VIII ne réservait point au pouvoir exécutif la sanction des décrets du corps législatif, parce que ni ce corps ni le tribunat ne pouvaient faire aucun changement aux projets de loi.

Ainsi, loin d'être contraire à la Charte, la faculté de faire des amendements aux propositions de loi adressées aux chambres, est en tout conforme à son esprit. C'est une conséquence directe de ses dispositions. Le Roi *propose* et *sanctionne* la loi. (Art. 18 et 22.)

52. C'est cette sanction qui est le dernier acte nécessaire à la formation de la loi, et qui la rend parfaite; c'est elle qui en est le complément, et qui lui donne l'existence. C'est par conséquent du jour de la sanction que la loi prend date (1).

Le règlement du 13 août 1814 (2), donne les formules de la sanction et du refus de sanction : « Le Roi refuse sa » sanction par cette formule : *Le Roi s'avisera* (3).

» Cette déclaration des volontés du roi est notifiée à la » chambre des pairs par le chancelier, et à celle des dé» putés par une lettre des ministres adressée au prési» dent.

» Le Roi sanctionne la loi qu'il a proposée, en faisant » inscrire sur la minute que ladite loi *discutée, délibérée et* » *adoptée* par les deux chambres sera publiée et enregistrée, » pour être exécutée comme loi de l'État. »

53. Quatre choses sont donc aujourd'hui nécessaires à la formation de la loi : 1°. sa proposition par le Roi ; 2°. son adoption par la chambre des pairs ; 3°. son adoption par la chambre des députés ; 4°. enfin la sanction qui en est le complément, et qui lui donne l'existence.

(1) Ordonnance du Roi du 27 novembre 1816.

(2) Titre 4, art. 1, 2 et 3.

(3) C'est littéralement la formule par laquelle le roi d'Angleterre refuse de sanctionner un bill; car, aujourd'hui encore, c'est en français que le roi d'Angleterre, dans toute sa majesté, et à la tête de son parlement, prononce solennellement l'acceptation d'une loi ou son refus de l'accepter :

Le Roi le veut. — Soit fait comme il est désiré. — Le Roi s'avisera.

Le parlement s'exprime également en français, en prononçant, par l'organe de son greffier, la formule de ses remercîments : « *Les prélats, seigneurs et* » *commons, en ce présent parliament assemblés, au nom de tous vos autres* » *subjets, remercient très-humblement Votre Majesté, et prient à Dieu vous* » *donner en santé bonne vie et longue.* »

Signe permanent, il faut l'avouer, s'écrie douloureusement Blackstone, signe permanent de la conquête qu'on désirerait voir tomber dans un total oubli. Book. 1, ch. 2, tom. 1, pag. 184, édit. in-8°., Londres, 1783.

SECTION IV.

Des ordonnances du Roi et des instructions ministérielles.

SOMMAIRE.

54. Le Roi, à qui seul appartient la puissance exécutive, a le droit de faire des ordonnances et règlements nécessaires pour l'exécution des lois.
55. En quoi ils diffèrent des lois. Le Roi peut les révoquer.
56. Les ordonnances ministérielles ne sont pas elles-mêmes obligatoires ni pour les citoyens ni pour les tribunaux, à moins qu'elles ne soient revêtues de l'approbation du Roi. *Quid*, si elles ne font qu'interpréter une loi ?

54. Outre les lois discutées et adoptées par les deux chambres, il existe des règles de conduite d'une autre espèce, et qui ont également force de loi, ce sont « les règlements et *ordonnances* nécessaires pour l'exécution des lois » et la sûreté de l'état, » que le Roi fait en qualité de chef suprême de l'état seul revêtu de la puissance exécutive. (Articles 13 et 14 de la Charte.)

Ce droit de faire des règlements ou ordonnances est inhérent à la puissance exécutive; il est indispensable pour faire exécuter les lois d'une manière uniforme. La constitution du 3 septembre 1791, qui se montra jusqu'à l'excès jalouse de restreindre la prérogative royale, n'en conserva pas moins au roi le droit de faire des règlements pour l'exécution des lois, droit qui lui est aussi réservé par l'article 14 de la Charte.

55. Les ordonnances diffèrent des lois, en ce qu'elles ne contiennent ordinairement que le mode d'exécution d'une loi antérieure. Elles ont aussi quelquefois pour objet de rappeler une loi négligée ou qui paraît oubliée.

Les ordonnances diffèrent encore des lois, en ce qu'elles peuvent être changées ou révoquées par le Roi, qui ne peut changer ni abroger les lois qu'avec le concours des deux chambres, et dans les formes constitutionnelles.

56. Quant aux instructions ministérielles, elles n'ont point par elles-mêmes la force obligatoire qui caractérise la loi, Elles obligent les différents préposés de l'administration, auxquels le ministre, dont elles émanent, a le droit de commander; mais à l'égard des autres citoyens, elles ne tiennent lieu que de conseils et non de préceptes, d'exemples

et non de dispositions strictement obligatoires (1) à moins qu'elles ne soient revêtues de l'approbation du Roi ; car alors, elles auraient la force des règlements et des ordonnances que Sa Majesté peut faire pour l'exécution des lois ; par exemple, l'instruction relative à l'exécution de la loi du 10 mars 1818, sur le recrutement de l'armée.

Si elles ne faisaient que rappeler, développer ou interpréter une loi antérieure, les dispositions seules de la loi seraient obligatoires; les développements ou l'interprétation que leur donnerait le ministre ne le seraient pas ; il serait du devoir des magistrats de ne s'y conformer qu'autant que les développements ou l'interprétation contenus dans l'instruction se trouveraient conformes à la raison et à la justice; car alors ils devraient être suivis, comme on suit l'opinion d'un jurisconsulte qui a développé avec sagacité le sens d'une loi obscure : mais si l'instruction ajoutait à la loi, surtout en matière pénale, les juges n'y pourraient avoir aucun égard. Ces principes sont d'une extrême importance, surtout sous un gouvernement représentatif. (*Voyez* ci-après ce que nous dirons sur le pouvoir d'interpréter la loi.)

SECTION V.

De la promulgation et de la publication des lois. De quel jour elles sont exécutoires, de quel jour elles sont obligatoires.

SOMMAIRE.

57. C'est par le commandement d'observer la loi qu'elle devient *exécutoire*; et c'est par la connaissance que les citoyens ont eue ou pu avoir de l'existence de la loi et du commandement de l'observer, qu'elle devient *obligatoire*.
58. Au Roi seul appartient le droit de commander. C'est en son nom seul que peuvent être exécutés les lois, les arrêts, jugements, etc.
59. Le commandement d'exécuter la loi, et de la rendre publique, est ce qu'on appelle *promulgation*.
60. La *publication* de la loi, est la manière ou l'acte de la rendre publique.
61. La *sanction* et la *promulgation* autrefois confondues en France.
62. La *publication* était la lecture de la loi faite à l'audience. Insuffisance de cette publication ; questions qu'elle faisait naître.
63. La *promulgation* et la *publication* étaient deux actes différents. L'un fixait la date de la loi et la rendait *exécutoire*; l'autre fixait le jour où elle devenait *obligatoire*.

(1) Avis du conseil d'état du 12 thermidor an XII, approuvé le 25. Il est cité et en partie copié dans l'*Esprit du Code civil*, par M. Locré, t. II, page 32, édit. in-8°., et tom. 1, pag. 360, édit. in-4°.

64. Le décret du 9 novembre, sanctionné par le Roi, fixa le vrai sens des mots *sanction* et *promulgation*.
65. Au mode de publication anciennement usité, il ajouta l'affiche de la loi.
66. La convention nationale changea ce mode de publication et confondit la promulgation avec la publication, qu'elle ordonna de faire à son de trompe, etc.
67. La confusion cessa par la constitution de l'an III, qui donna au conseil des anciens la sanction, et au directoire exécutif la promulgation et le soin de faire publier la loi.
68. La loi du 12 vendémiaire an IV supprima la publication à son de trompe, et voulut que la loi obligeât du jour où le Bulletin officiel serait parvenu au chef-lieu du département. Injustice de cette disposition.
69. Elle cessa par les dispositions du Code décrété sous l'empire de la constitution de l'an VIII, dont les dispositions sont nécessaires à l'intelligence de l'art. 1er du Code.
70. Elle donnait au pouvoir exécutif l'initiative et non la sanction de la loi.
71. Mais il était obligé de la promulguer précisément le dixième jour après l'émission du décret qui formait la loi : ce qui donnait la facilité d'en connaître l'existence avant la promulgation, et le jour précis où serait faite la promulgation.
72. Le code établit donc une présomption légale que les citoyens connaissaient ou devaient connaître la loi un jour après celui de sa promulgation à Paris ; et, pour les départements, après quelques jours de plus, en raison des distances.
73. Justice et fondement de cette présomption. Tableau des distances rédigé pour lever les incertitudes. Son application au département d'Ille-et-Vilaine.
74. La Charte, en maintenant le Code civil, n'a point établi de délai fixe entre le jour de la sanction et celui de la promulgation. Le Roi promulgue la loi le jour même qu'il la sanctionne.
75. La présomption établie par le Code n'a plus de fondement aujourd'hui ; on s'en aperçut, et l'on éleva des doutes sur ce qu'entend le Code par la promulgation.
76. Pour trancher la difficulté, l'ordonnance du 27 novembre 1816, statue que la promulgation des lois résulterait de leur insertion au Bulletin, et serait censée connue, conformément au Code, un jour après que le Bulletin a été reçu de l'imprimerie royale, par le chancelier, qui en constate l'arrivée sur un registre.
77. Injustice de cette présomption, par laquelle on a cru néanmoins donner aux lois plus de publicité.
78. Le gouvernement a déjà reconnu l'injustice de cette présomption, à l'égard des lois dont l'exécution est urgente, et qui, suivant l'ordonnance citée, étaient obligatoires du jour de l'arrivée du Bulletin à la préfecture.
79. Une autre ordonnance du 18 janvier, rendue sur les représentations faites à S. M., veut qu'en ce cas la loi ne soit obligatoire que du jour de l'affiche qui en sera faite, parce que le registre de réception, tenu par le préfet, ne donne point aux citoyens *une connaissance suffisante* de la loi.
80. Il faut représenter au Roi que le registre de réception tenu par le ministre est encore moins suffisant que celui des préfets pour donner aux citoyens une connaissance suffisante de la loi et de sa promulgation. En attendant, nous devons obéir aux ordonnances.

81. Les lois n'ont point d'effet rétroactif, à l'exception des lois interprétatives.

57. Ce n'est point assez d'avoir donné l'existence à la loi par la sanction, il faut encore en certifier l'existence, et en commander l'exécution ; c'est par ce commandement que la loi devient *exécutoire*.

Il faut en donner connaissance à tous ceux qui doivent y obéir, de manière qu'ils n'en puissent ignorer les dispositions, ou que du moins cette ignorance puisse leur être raisonnablement imputée. C'est-là ce qui rend la loi *obligatoire*.

Il est tellement essentiel de mettre tous ceux qui doivent y conformer leur conduite, à même de connaître et l'existence de la loi, et le commandement de l'observer, qu'on ne saurait imaginer d'acte de tyrannie plus révoltant, que de punir un homme pour avoir désobéi à une loi dont il n'a ni connu, ni pu connaître l'existence et les dispositions.

58. Le droit de commander, *imperium*, qui contient celui d'employer la force publique pour faire exécuter le commandement, est l'une des principales attributions de la puissance exécutive qui n'appartient qu'au Roi seul, chef suprême de l'État, et qui, en cette qualité, a seul droit de commander les forces de terre et de mer. C'est en son nom seul que peuvent être exécutés, non-seulement les lois, mais les arrêts, les jugements rendus par les cours de justice ou par les tribunaux, et même les actes authentiques reçus par des notaires. Ce n'est qu'au nom du Roi, suivant la formule antique et solennelle *de par le Roi*, que les citoyens et la force publique doivent obéir. Comme la loi, les jugements ne deviennent exécutoires, que par l'ordre de les exécuter, donné au nom du Roi par le président du tribunal exerçant, en ce point, les fonctions de délégué spécial de Sa Majesté.

59. C'est l'ordre de faire exécuter la loi, et de la publier ou de la rendre publique, etc., qui constitue ce qu'on appelle proprement *promulgation*. Le Roi seul *promulgue* la loi, dit *la Charte*, (article 22), c'est-à-dire, que lui seul donne le commandement de l'exécuter et de la faire exécuter.

60. On appelle *publication*, la manière ou l'acte de rendre publics l'existence de la loi et le commandement de l'observer.

61. Avant que les pouvoirs fussent régulièrement divisés en France, les idées sur la promulgation étaient extrêmement confuses : il ne faut pas s'en étonner ; la sanction et la

promulgation étaient confondues dans un seul et même acte, tellement qu'on ne pouvait les séparer l'une de l'autre, comme on peut le voir par la promulgation de nos anciennes ordonnances (1). C'est du jour de cette promulgation que la loi prenait date; le mois seul, et non le jour du mois, était ordinairement indiqué.

Cette promulgation rendait les lois exécutoires, mais elle ne les rendait pas obligatoires; elles ne l'étaient que du jour de leur publication et de leur enregistrement dans les cours souveraines. C'est ce qu'on inférait, et ce qu'on avait raison d'inférer des termes de la promulgation : « Si donnons en » mandement à nos amés et féaux les gens tenant nos cours de » Parlement... que nos présentes ils gardent, observent... » fassent garder et observer... et afin qu'elles soient *notoires* » *à tous nos subjets*, les fassent *lire, publier et enregistrer*, etc., » etc. » Quelquefois la loi portait expressément qu'elle serait observée *à compter du jour de la publication*, *qui en sera faite*, etc., etc. (2). L'article 4 du titre 1er. de l'ordonnance de 1667, en fit une règle générale.

62. Cette publication n'était pas autre chose alors que la lecture de la loi faite à l'audience. La notoriété qui en résultait pour tous les sujets, était donc une notoriété de droit plutôt qu'une notoriété de fait; car il est bien évident que cette lecture ne pouvait rendre la loi notoire à tous les citoyens du ressort de la cour où elle se faisait (3); aussi c'était une grande question de savoir si l'enregistrement d'une loi dans une cour souveraine suffisait pour la rendre obligatoire dans tout le ressort de cette cour.

En certains ressorts, la loi était censée promulguée, et elle devenait obligatoire pour tous les habitants du pays, du jour qu'elle avait été enregistrée par le parlement de la province.... Dans d'autres ressorts, on ne regardait l'enregistrement dans les cours que comme le complément de la loi, considérée en elle-même et non comme sa promulgation; on jugeait que la

(1) *Voy.* celles d'Orléans, de Moulins, de Blois, etc.

(2) *Voy.* les dispositions finales de l'ordonnance sur les donations entre vifs du mois de février 1731; de celle des testaments du mois d'août 1735.

(3) Louis XIV sentit combien il était injuste, surtout en certains cas, de rendre la loi obligatoire du jour d'une pareille publication. Il ordonna que l'ordonnance civile du mois d'avril 1667 ne fût obligatoire qu'à *commencer au lendemain de Saint-Martin*, douzième de novembre de la même année. C'était le jour de la rentrée du parlement après les vacances : et que l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670 serait obligatoire à commencer du premier de janvier 1671. Le législateur présumait qu'après un tel délai, tous les citoyens avaient connu ou pu connaître l'existence et la promulgation de ces lois.

formation de la loi était consommée par l'enregistrement, mais qu'elle n'était promulguée que par l'envoi aux sénéchaussées et bailliages, et qu'elle n'était exécutoire dans chaque territoire, que du jour de la publication faite à l'audience par la sénéchaussée, ou par le bailliage de ce territoire (1).

Mais en suivant cette dernière opinion, il est encore évident que la lecture d'une loi faite à l'audience d'une sénéchaussée ou d'un bailliage, quoique le ressort en fût moins étendu que celui d'un parlement, n'était pas suffisante pour donner aux citoyens de ce ressort, et cela du jour de la lecture, une connaissance réelle de la loi.

63. Remarquons ici que, dans cet ordre de choses, la promulgation de la loi était très-différente de sa publication; elles n'avaient ni la même date, ni le même effet : la promulgation fixait la date de la loi, et la rendait exécutoire; la publication la rendait obligatoire : c'est du jour de la publication qu'elle devait être observée; or il s'écoulait souvent un temps assez considérable entre l'une et l'autre; par exemple, l'ordonnance des testaments fut promulguée au mois d'août 1735; elle ne fut publiée et enregistrée à Rennes que le 26 juin 1736, et à Rouen le 10 juillet de la même année. L'académie commit donc une erreur quand elle dit : *la promulgation* est la publication d'une loi avec les formalités requises.

64. L'assemblée constituante, en séparant les pouvoirs, rectifia les idées, et fixa définitivement le véritable sens des mots *sanction* et *promulgation ;* elle appela *sanction*, le consentement du Roi aux décrets du corps législatif : c'était le complément de la loi, c'était et c'est encore aujourd'hui ce qui lui donne l'existence. Un décret du 9 novembre 1789 (2), accepté par le Roi, et refondu dans la constitution du 3 septembre 1791 (3), donne la formule de cette sanction.

Le même décret appela *promulgation*, l'acte par lequel le Roi attestait au corps social l'existence de la loi, en même temps qu'il commandait de l'exécuter, de la faire exécuter, et de la publier; il en donna la formule (4) ainsi conçue : » Louis, par la grâce de Dieu, etc., l'assemblée nationale a « décrété, et nous voulons et ordonnons ce qui suit :

(1) Portalis, *Exposé des motifs* du premier titre du Code civil, le 4 ventôse an 11. Rodier, sur l'art. 4 du titre 1er. de l'ordonnance de 1667. Merlin, Répertoire de Jurisprudence, v°. *Loi*, §. 1, n°. 4 et suiv.

(2) Sect. 3, chap. 3, tit. 2, intitulé : *De la sanction royale.*

(3) Dans la collection de Baudouin, tom. 1, pages 160 et 161.

(4) Cette formule fut aussi insérée dans la constitution de 1791, ch. 4, sect. 1, tit. 2, intitulée : *De la promulgation des lois.*

» Mandons et ordonnons à tous les tribunaux, corps ad-
» ministratifs et municipalités, que les présentes ils fassent
» transcrire sur leurs registres, lire, publier et *afficher*
» dans leurs ressorts et départements respectifs, etc. »

65. Le décret ajoute que : « la transcription sur les regis-
» tres, lecture, publications et *affiches*, seront faits *sans*
» *délai*, aussitôt que les lois seront parvenues aux tribu-
» naux, corps administratifs et municipalités, et elles se-
» ront mises à exécution, dans le ressort de chaque tribu-
» nal, à compter du jour *où ces formalités y auront été rem-*
» *plies.* »

Après de pareilles affiches, les citoyens pouvaient difficilement prétendre cause d'ignorance de la loi. C'était leur faute, s'ils ne la connaissaient pas. Ces affiches avaient l'inconvénient de laisser de l'incertitude sur l'époque où la loi était devenue obligatoire dans tel ou tel lieu : car le jour des affiches n'était pas régulièrement constaté ni connu. On n'en a jamais rédigé un tableau général pour chaque département, encore moins pour tout le royaume. La sanction, la promulgation et la publication étaient, comme on voit, trois choses bien différentes. La sanction était le complément de la loi, elle lui donnait l'existence. La promulgation la rendait exécutoire, elle en attestait l'existence, et commandait de l'exécuter ; la publication la faisait connaître aux citoyens et la rendait obligatoire.

66. La Convention nationale, qui confondit tous les pouvoirs et dénatura toutes les idées, changea ce mode de publication par un décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793). L'article 1er. porte : « Les lois concernant l'inté-
» rêt public, ou qui sont d'une exécution générale, seront
» imprimées séparément dans un bulletin numéroté, qui ser-
» vira désormais à leur notification aux autorités consti-
» tuées. »

C'est l'origine du *Bulletin des Lois.*

L'article 9 ordonne que : « dans chaque lieu, la *promul-*
» *gation* de la loi sera faite, dans les vingt-quatre heures
» de la réception, par une *publication* à son de trompe ou de
» tambour, et la loi deviendra *obligatoire*, à compter du
» jour de la *promulgation.* » Il est évident que ce décret confond la promulgation avec la publication.

67. Cette confusion cessa par la constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), elle ne donna point au directoire exécutif le droit de sanctionner la loi. C'était le con-

seil des cinq-cents qui la proposait ; le conseil des anciens *adoptait* ou rejetait les propositions dans leur ensemble (art. 86, 95 et suiv.). La loi était formée par cette adoption qui était une véritable sanction. Le directoire exécutif était chargé de sceller, de promulguer et de *publier* la loi. La promulgation était conçue en ces termes, par l'article 130 : « Le » directoire ordonne que la loi, ou l'acte du corps légis- » latif ci-dessus, sera *publié*, exécuté, etc. » Il est évident que la *promulgation*, ou l'ordre de publier la loi, ce n'est pas la *publication.*

68. La loi du 12 vendémiaire an IV (4 octobre 1795) abrogea le décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793), sur la publication des lois. Elle maintint l'établissement du *Bulletin*, ordonna qu'il contiendrait, outre les lois et actes du corps législatif, *les proclamations et arrêtés du pouvoir exécutif pour assurer l'exécution des lois.*

L'art. 11 supprima la *publication* des lois par lecture publique, par réimpression, affiche, son de trompe ou de tambour, etc.

L'art. 12 ordonna que « néanmoins les lois et actes du » corps législatif *obligeront*, dans l'étendue de chaque département, du jour auquel le bulletin officiel, où ils seront » contenus, sera *distribué* au chef-lieu du département. »

Et que « ce jour sera constaté par un registre où les ad- » ministrateurs de chaque département certifieront l'arrivée » de chaque numéro. »

Ce mode de *publication*, si on peut l'appeler ainsi, en prenant ce mot, dans le sens le plus étendu, pour le moyen de faire connaître la loi aux citoyens, est certainement le pire qu'on eût encore imaginé. Les citoyens de Saint-Malo, de Redon, et ceux des campagnes, surtout, ignorent et sont même dans l'impossibilité de connaître le jour où le bulletin officiel est distribué à Rennes; c'était pourtant de ce jour qu'ils étaient obligés de ce conformer aux lois qui s'y trouvaient contenues. S'ils y désobéissaient sans le savoir, ils pouvaient néanmoins être punis, pour n'avoir pas observé des préceptes qu'ils ne connaissaient ni ne pouvaient connaître; c'était donc une injustice évidente.

69. Cependant ce mode de publication a continué d'être en usage jusqu'à la promulgation du Code civil, décrété sous l'empire de la constitution de l'an VIII, dont, pour l'intelligence du Code, il faut connaître les principales dispositions concernant la formation et la promulgatiou de la loi.

70. Elle avait divisé le pouvoir législatif en trois branches : le consulat, le tribunat et le corps législatif. C'est aux conseils qui formaient le gouvernement, qu'était exclusivement attribuée l'initiative des lois. Il en communiquait le projet au tribunat, chargé de le discuter et d'en voter l'adoption ou le rejet. Le vœu du tribunat, quel qu'il fût, était porté au corps législatif, qui faisait la loi, en statuant par scrutin secret sur les projets de loi débattus devant lui par les orateurs du tribunat et du gouvernement. C'est ainsi que le Code a été décrété.

Trois choses étaient donc alors nécessaires à la formation de la loi : sa proposition par le gouvernement, sa communication au tribunat, qui la discutait sans y pouvoir rien changer; enfin, le décret ou l'acceptation du corps législatif qui était une véritable sanction, quoiqu'elle n'en eût pas le nom : c'est ce décret qui était la dernière condition essentielle à la formation de la loi; c'était son complément. Elle prenait date du jour de l'émission du décret (1), après lequel le pouvoir exécutif ne pouvait plus la rejeter.

71. La promulgation, c'est-à-dire l'ordre ou le commandement d'exécuter la loi et de la faire exécuter, appartenait au pouvoir exécutif auquel il est inhérent.

Mais l'art. 37 de la constitution de l'an VIII, qu'il ne faut pas perdre de vue pour bien comprendre l'art. 1er du Code, lui imposait l'obligation de promulguer la loi précisément le dixième jour après l'émission du décret, qui lui avait donné l'existence (2); le gouvernement n'y manquait jamais. Il était donc facile à tous les citoyens de connaître et l'existence de la loi avant sa promulgation, et le jour précis où elle serait promulguée. Le décret dont l'émission donnait l'existence à la loi, était annoncé dans le *Moniteur* et dans les autres feuilles publiques, qui parviennent en moins de dix jours dans les départements les plus éloignés. Ainsi en lisant que le 1er décembre, par exemple, le corps législatif avait décrété une loi, tout citoyen était averti d'avance qu'elle serait promulguée le 10. Le gouvernement n'y manquait jamais; chacun devait donc se préparer à l'exécuter et à y conformer sa conduite.

72. Les rédacteurs du Code, voyant combien un pareil

(1) *Voy.* la délibération prise par le conseil d'état sur la date des lois, le 5, pluviôse an VIII, imprimée dans le Bulletin des lois.

(2) Ce délai nécessaire de dix jours avait pour but de donner le temps au tribunat d'attaquer le décret pour cause d'inconstitutionnalité.

ordre de choses donne de facilités pour connaître d'avance l'existence de la loi et le jour précis où elle deviendra exécutoire par la promulgation, abandonnèrent les modes de publication si imparfaits, usités jusqu'alors, pour leur substituer une présomption légale de la connaissance de la loi, présomption fondée sur la raison et qui paraissait ne rien laisser à désirer, pour être assuré que chaque citoyen a connu ou pu connaître la promulgation de la loi, avant le jour où elle devient obligatoire pour lui. Ainsi donc partant du principe incontestable que les lois sons exécutoires en vertu de la promulgation, et qu'elles doivent être exécutées du moment où la promulgation a pu en être connue, l'art. 1[er] du Code déclare que la promulgation *sera réputée connue* dans le département « où siége le gouver-
» nement, un jour après celui de la promulgation; et dans
» chacun des autres départements, après l'expiration du même
» délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois
» dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la
» ville où la promulgation en aura été faite, et le chef-lieu
» de chaque département. »

73. Rien de plus raisonnable que cette présomption de la loi. Chaque citoyen avait dix jours pour connaître, par les papiers publics, l'existence de la loi : il était certain qu'elle serait promulguée le dixième. Le code lui accorde, à Paris, un jour de grâce, outre ces dix jours; enfin il ajoute un jour de plus par dix myriamètres dans les autres départements. Après ces délais écoulés, toute personne qui prétendrait ignorer la loi ne peut l'imputer qu'à elle-même. Son ignorance, son insouciance répréhensible, ne sauraient l'excuser.

Pour ne laisser aucune incertitude sur les distances, le gouvernement, en vertu d'un arrêté du 25 thermidor an XI, fit rédiger et imprimer un tableau des distances de Paris à tous les chefs-lieux de départements. Au moyen de ce tableau fondé sur un ordre invariable, et indépendant de la volonté de l'homme, chacun pouvait facilement savoir le jour précis où la loi deviendrait obligatoire, dans le département qu'il habite.

Je sais par exemple, que la loi sur les douanes fut décrétée le 30 avril 1806; qu'elle fut par conséquent promulguée le 10 mai, et obligatoire à Paris le 12, un jour franc après la promulgation. Il y a de Paris à Rennes, suivant le tableau des distances, 34 myriamètres, 6 kilo-

mètres, ou 69 lieues : j'ajoute un jour par 10 myriamètres, trois jours pour 30 : quant aux 4 myriamètres de plus, je les néglige, parce qu'un sénatus-consulte (1) du 15 brumaire an XIII a décidé implicitement qu'on ne doit point avoir d'égard aux fractions de 10 à 20 myriamètres ou de 20 à 30, etc., de manière que le délai pour 34 myriamètres, ou même pour 39, est le même que pour 30.

Ainsi la loi étant promulguée à Paris le 10 mai, obligatoire aussi à Paris le 12, le devient à Rennes et dans tout le département d'Ille-et-Vilaine, le 15 du même mois.

74. La Charte ordonna que le Code civil, et par conséquent ses dispositions sur le jour où la promulgation des lois est censée connue, resteraient en vigueur *jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé*. Mais elle n'a point prescrit d'intervalle fixe et nécessaire entre la sanction et la promulgation, comme la constitution de l'an VIII avait fixé un délai de dix jours entre l'émission du décret du corps législatif et la promulgation que le pouvoir exécutif était tenu de faire précisément le dixième jour.

Au contraire le Roi, quoique la Charte ne l'y astreigne pas, signe ordinairement la promulgation le même jour que la sanction, comme on le voit par la formule de promulgation qu'il a adoptée (2). La présente loi *discutée*, *délibérée*, *et adoptée* par les chambres, et *sanctionnée par nous*, *cejourd'hui*, etc., en sorte que les citoyens n'étant point avertis d'avance du jour de la promulgation, qu'ils ne connaissent qu'en même temps que la sanction, se trouvaient souvent obligés avant de le savoir, et pouvaient être punis au nom d'une loi qu'ils n'avaient pu connaître.

75. Le gouvernement sentit cet inconvénient ; il vit que la présomption légale de la connaissance de la loi, établie par le Code, n'avait plus de fondement. Mais comment y remédier ?

Pour rendre à cette présomption le fondement raisonna-

(1) Les senatus-consulte annule une élection faite par le collége électoral du département des Forêts, dont le chef-lieu était Luxembourg, dans une assemblée commencée le 25 thermidor an XII, comme contraire à l'acte du 28 floréal an XII, parce que cet acte était exécutoire dans le département des Forêts, au plus tard le 3 prairial.

Or, la distance de Paris à Luxembourg est de 36 myriamètres 7 kilomètres. L'art. des constitutions du 28 floréal an XII était exécutoire à Paris le 30, et trois jours après, c'est-à-dire le 3 prairial, dans le département des Forêts, dit le senatus-consulte; donc il n'a compté que trois jours pour 36 myriam. 7 kilom.

(2) La Charte, ni le règlement, n'en ont point donné la formule. Le gouvernement a conservé l'ancienne, en y faisant les changements devenus nécessaires.

ble, que lui a fait perdre le nouvel ordre adopté, il eût suffi que le roi s'astreignît à ne donner la promulgation que le dixième jour après la sanction, et qu'il eût fait connaître sa détermination sur ce point. Une expérience déjà assez longue a prouvé que ce délai de dix jours ne préjudicie point à la célérité nécessaire pour l'exécution de la loi; et d'ailleurs il ne nuit en rien à la prérogative royale. C'est vraisemblablement ce qu'on ne vit pas. On avait perdu de vue le point de législation auquel se rapporte l'article 1er du Code. On ne comprit donc pas bien sa disposition. Il s'éleva même des doutes sur ce qu'il entend par promulgation. Il suffisait pour le savoir de lire l'art. 37 de la constitution de l'an VIII, qui veut que tout décret du corps législatif soit, le dixième jour après son émission, *promulgué* par le pouvoir exécutif. Ce point nécessaire pour l'intelligence du Code était oublié. On dénatura donc le sens qu'il donne au mot *promulgation*.

Le plus souvent on regarda la *promulgation*, comme résultant de la *sanction* (1), quoique la sanction et la promulgation soient évidemment deux choses différentes, comme le prouvent la Charte et la formule même de la promulgation : mais la sanction et la promulgation étaient signées le même jour. C'est ce qui les fit confondre.

On exécute donc les lois, à Paris, un jour après celui où le roi avait fixé leur date en signant la sanction ; et pour les autres départements, dans le délai déterminé, d'après cette époque par l'arrêté du 5 thermidor an XI (13 juillet 1803). C'était exécuter littéralement le Code, parce que la promulgation était signée le même jour que la sanction. Mais, par cela même, la promulgation ne pouvait plus être connue d'avance, ni réputée connue aux jours fixés par le Code.

76. On s'en aperçut, et pour éviter cet inconvénient, quelquefois on ne déduisit la promulgation que de l'insertion au Bulletin (2), et de son arrivée au chef-lieu du département. C'était rentrer dans les dispositions de la loi du 12 vendémiaire an IV (4 octobre 1795); c'était aller manifestement contre les dispositions du Code. Ce fut cependant à cette opinion qu'on s'arrêta : croyant, chose étonnante! *établir davantage la publicité des lois*. On crut, en abrogeant le Code, ne faire qu'interpréter le Code, qui n'avait point, disait-on, *expliqué ce qui*

(1) Dit l'ordonnance du 27 novembre 1816.
(2) *Voy.* la même ordonnance.

constitue sa promulgation. L'article 1er. de l'ordonnance du 27 novembre 1816 ; porte :

Art. 1er. « A l'avenir, la promulgation des lois et de nos » ordonnances résultera de leur insertion au Bulletin officiel. »

Le sens de cet article est sans doute, que l'insertion des lois au Bulletin officiel tiendra lieu de la promulgation dont parle le Code.

L'art. 2, porte : « Elle sera censée connue, conformément » à l'art. 1er. du Code civil, un jour après que le Bulletin des » lois aura été reçu de l'imprimerie royale, par notre chan- » celier ministre de la justice, *lequel constatera sur le registre* » *l'époque de la réception.* »

L'art. 3 ajoute : « Les lois et ordonnances seront exécutoires » dans chacun des autres départements du royaume, après » l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours » qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues » anciennes) entre la ville où la promulgation en aura été faite » et le chef-lieu de chaque département, suivant le tableau » annexé à l'arrêté du 25 thermidor an XI, ou 13 juillet 1803. »

77. Ainsi cette ordonnance veut que l'insertion des lois au Bulletin, tienne lieu de la promulgation dont parle le Code, et que cette insertion ou promulgation soit *censée connue*, un jour après que le Bulletin a été reçu, de l'imprimerie royale, par le ministre de la justice. Il est certain qu'en cela le gouvernement a eu en vue l'intérêt du peuple. Il a adopté ce nouveau mode, *comme établissant davantage la publicité des lois*, tandis qu'au contraire ce mode laisse le peuple dans une ignorance invincible de l'époque où la loi sera promulguée, et viole le principe, fondamental en cette manière, que la loi n'oblige les citoyens que lorsqu'ils ont pu la connaître (1).

Le ministre tient un registre qui constate l'époque où il reçoit, de l'imprimerie royale, le Bulletin officiel : mais ce registre n'est point public, il reste enseveli dans les bureaux du ministère, où il n'est pas facile de pénétrer. Personne ne le connaît ; personne ne peut donc connaître le jour où la loi deviendra obligatoire dans le lieu qu'il habite : au lieu que sous l'empire du Code, les lois étaient connues ou pouvaient l'être avant d'être exécutées. La connaissance s'en répandait dans toute la France, durant les dix jours qui s'écoulaient entre leur émission publique, et la promulgation qui faisait

(1) L'ordonnance du 27 novembre 1816 contient encore un autre vice; c'est qu'en croyant ne faire qu'interpréter le Code, elle l'abroge réellement et de fait. *Voy.* ci-après, n°. 141, vers la fin.

courir le délai de grâce pour leur exécution. Jamais les lois ne furent plus notoires avant d'être obligatoires.

Au contraire, non-seulement, le jour de la réception du Bulletin par le ministre, ne peut être connu d'avance; il est même très-difficile de le connaître *ex post facto*, et de savoir par conséquent le jour précis où la loi qu'on veut appliquer est devenue obligatoire; par exemple, la loi sur le budget de 1818, est datée dans le Bulletin du 15 mai 1818, jour où le Roi en a signé la sanction : mais ce n'est pas à cette époque, qu'il faut compter le jour franc après lequel elle est censée connue à Paris; c'est du jour où le Bulletin imprimé est parvenu au ministère; or, ce jour n'est pas connu, il n'est pas même indiqué dans le Bulletin, et quand il le serait, cette indication n'en pourrait donner connaissance avant que la loi soit exécutoire, et les citoyens se trouvent obligés avant de le savoir.

Ceci est important en matière fiscale et en matière criminelle. Supposons qu'une loi prononce une peine, ou une amende contre ceux qui contreviennent à ses dispositions. Le Bulletin officiel porte, que la loi a été sanctionnnée et promulguée le 1er. décembre. Caïus, demeurant dans les environs de Paris, contrevient à la loi le 5 décembre. Il est traduit en justice le 2 janvier suivant. A-t-il encouru la peine? Oui, si le Bulletin, où la loi a été insérée, est parvenu le 3 décembre au ministère de la justice; non, s'il n'y est parvenu que le 4 : or, c'est ce qui est ignoré du public et des juges; ils seront donc obligés, pour prononcer, de recourir aux bureaux du ministère.

Mais la nécessité de ce recours n'offre-t-elle pas au prévenu l'excuse la plus invincible? Quoi! dira-t-il aux juges, pour savoir si j'ai commis une contravention, vous êtes aujourd'hui encore, forcés de recourir aux bureaux du ministère, afin de connaître l'époque où le Bulletin y a été reçu! Je ne pouvais donc pas connaître cette époque le 5 décembre, jour où j'ai commis la prétendue contravention. Vous ne pouvez donc me punir pour n'avoir pas obéi à une loi, dont je ne connaissais, ni ne pouvais connaître l'existence et la promulgation. Ce raisonnement paraît sans réplique.

La présomption de connaissance de la promulgation de la loi, par l'envoi du Bulletin dans les bureaux du ministère, est donc contraire à la raison et à la justice. Elle est aussi peu fondée, que la présomption établie par le Code était juste et raisonnable.

78. Déjà le gouvernement, sur les représentations qu'on lui a faites, a reconnu l'injustice de l'art. 4 de l'ordonnance du 27

novembre 1816. Cet art. porte : « Dans les cas et les lieux où
» nous jugerons convenable de hâter l'exécution, les lois et
» ordonnances serontexécutoires, du jour qu'elles seront par-
» venues au préfet, qui en constatera la réception sur un
» registre. »

79. Une ordonnance additionnelle du 18 janvier 1817, a réformé cet article. Le préambule porte : « *Il nous* a été *repré-*
» *senté* qu'il serait à craindre que l'envoi aux préfets des dépar-
» tements *ne donnât pas une connaissance suffisante* de ce qui
» serait à exécuter, *s'ils se contentaient* (comme fait le ministre)
» d'en constater la réception sur un registre. »

En conséquence l'art. 1er ordonne, que dans les cas où le Roi jugera convenable de hâter l'exécution des lois et ordonnances, en les faisant parvenir sur les lieux extraordinairement, les préfets prendront incontinent un arrêté, par lequel ils ordonneront que lesdites lois et ordonnances seront imprimées et affichées partout où besoin sera.

L'art. 2. ajoute que ces lois et ordonnances seront exécutées à compter du jour de la *publication*, faite dans la forme prescrite par l'article 1er., c'est-à-dire, du jour de l'*affiche.*

80. Bénissons le Ciel de vivre sous un gouvernement qui, *sur les représentations* qu'on lui fait, se hâte de réparer les erreurs qui se sont, contre son intention, glissées dans ses ordonnances, en croyant *établir davantage la publicité des lois.* Représentons-lui, avec confiance et respect, que les raisons qui l'ont porté à réformer l'art. 4 de l'ordonnanee du 27 novembre 1816, doivent l'engager à réformer également l'art. 2; car si le registre sur lequel le préfet de l'Ille-et-Vilaine constate la réception du bulletin où la loi est insérée, n'en donne pas aux habitans de Rennes et du département une connaissance suffisante, il est certain que le registre où le ministre de la justice constate la réception du même Bulletin, ne peut également donner une connaissance suffisante de la loi et de sa promulgation aux nombreux habitans de Paris et de ses environs.

En attendant que nos représentations aient obtenu la réformation des art. 1, 2 et 3 de l'ordonnance du 27 novembre 1816, nous devons y obéir avec respect (1).

81. Si la loi n'est exécutoire que du jour où la promulgation en est réputée connue, il s'ensuit qu'elle ne peut avoir

(1) La Cour de cassation nous en a donné l'exemple dans un arrêt du 9 juin 1818, rapporté par Sirey, an 1818, 1re. part., pag. 290 et suiv.

d'effet rétroactif. C'est la disposition du second article du Code.

Si les lois pouvaient avoir un effet rétroactif, il n'y aurait plus ni liberté ni sûreté. La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne défend pas. On regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu. Il est impossible aux citoyens de prévoir qu'une action innocente aujourd'hui sera défendue demain.

Cependant si une loi obscure avait besoin d'être interprétée par le législateur, la loi interprétative aurait son effet du jour de la loi qu'elle explique, parce qu'alors le législateur ne statue rien de nouveau ; il déclare et fixe le sens de la loi ancienne. Ce n'est pas faire une loi nouvelle que de déclarer le sens de la loi qui existe déjà. Il est donc dans la nature des choses que l'interprétation, qui n'est que la loi clairement expliquée, remonte au temps de la loi même (1).

Mais les jugements rendus en dernier ressort, et les transactions passées pendant que le sens de la loi était obscur ou douteux, conservent tout leur effet.

SECTION VI.

Des effets de la loi, et de la sanction morale.

SOMMAIRE.

82. La loi commande, défend, permet et punit.
83. Des lois préceptives.
84. Des lois prohibitives.
85. Des lois permissives.
86. Sanction de la loi, dans le sens moral.
87. Sanction du droit naturel.
88. Sanction des lois civiles.
89. Réparation du dommage causé par les actions contraires à la loi. Nullité des actes contraires à ses dispositions.
90. Examen de la distinction entre les lois prohibitives et les préceptives.
91. Dispositions de l'art. 1030 du Code de procédure.
92. Renvoi au septième volume pour la théorie des nullités.
93. La loi produit une obligation.
94. Des devoirs et des droits.

(1) Ainsi un avis du conseil d'état, approuvé, doit influer dans les contestations comme s'il faisait partie de la loi qu'il explique. *Voy.* les conclusions du savant Merlin, lors de l'arrêt de la Cour de cassation, dans l'affaire Mac-Mahon, du 30 pluviôse an XIII, rapporté au répertoire, v°. *Divorce*, sect. IV, §. X, pag. 738 et suiv., 3e. édit., l'arrêt du 30 pluviôse an XIII, est aussi rapporté par Sirey, vol. an XIII, 1re. part., fol. 216 et suiv. et par Denevers an XIII, 1re. part., fol. 373 et suiv.

Après avoir fait connaître ce que c'est que la loi, comment elle se fait, comment elle est rendue exécutoire, de quel jour elle est obligatoire et doit être exécutée, il faut voir quels en sont les effets, quelles sont les personnes qu'elle oblige, quelles sont les personnes chargées de l'exécuter.

82. La loi commande, défend, permet et punit. *Legis virtus hœc est imperare, vetare, permittere, punire. L. 7. ff. de Leg.*

83. La loi commande certaines actions; elle règle la forme de certains actes et les accessoires qui doivent les accompagner. Les lois de cette nature sont appelées préceptives.

84. La loi défend les actions qui troublent le repos de la société, ou qui blessent les droits d'autrui : ce sont les contraventions et les délits publics. Elle défend certains actes relatifs à la transmission des propriétés, à la capacité des personnes ou à d'autres objets. Les lois de cette nature sont appelées prohibitives.

85. La loi permet certaines actions sans les commander ; par exemple, elle permet de faire un testament, d'instituer des héritiers.

C'est ce qu'on appelle des lois permissives. Elles rentrent dans les deux premières classes, en ce qu'elles renferment implicitement la défense de troubler, dans l'exercice de son droit, celui qui ne fait qu'user de la permission de la loi, et l'ordre de respecter les droits qu'il a conférés en vertu de cette permission.

86. Enfin la loi punit les infracteurs de ses préceptes ou de ses défenses, et récompense ceux qui les observent. C'est ce qu'on appelle la sanction de la loi, et c'est de-là qu'elle tire sa force obligatoire.

La sanction de la loi est donc la peine ou la récompense, le bien ou le mal attachés à l'observation ou à la violation de ses préceptes ou de ses défenses.

Dans un autre sens, la sanction de la loi est la disposition qui prononce la peine ou la récompense attachée à telle ou telle action (1). Ces dispositions se trouvent principalement

(1) Nous avons vu que, dans un autre sens, la constitution de 1791, et la

réunies dans le Code pénal, qu'on peut regarder comme la sanction de toutes les lois.

87, La sanction du droit naturel se trouve d'abord dans la religion, qui nous enseigne que l'homme ne meurt pas tout entier : que l'ame est immortelle, qu'il existe une autre vie et un Dieu rémunérateur et vengeur.

On la trouve encore dans cette considération publique dont ont joui, chez tous les peuples et dans tous les temps, ces hommes bons et presque divins, dans quelque classe de la société qu'ils aient vécu, dont la vie, dévouée au bonheur de leurs semblables, n'a été qu'une suite d'actions vertueuses, utiles à leurs concitoyens.

Enfin, on la trouve dans le sentiment délicieux d'une conscience pure (1), dans le bonheur dont jouit intérieurement celui qui n'a rien à se reprocher, et qui a observé tous les préceptes de la loi ; dans les remords dont est déchiré le cœur du scélérat qui ne peut se fuir lui-même; dans l'infamie et la honte dont il est couvert à ses propres yeux, lors même qu'il est parvenu à dérober sa turpitude aux yeux du public.

88. Les lois humaines ont donné une sanction plus forte, aux préceptes du droit naturel, ainsi qu'aux préceptes positifs qu'elles y ont ajoutés.

Elles ont voulu d'abord que la force publique fût employée pour contraindre chaque citoyen à leur obéir. Elles ont porté plus loin la prévoyance ; elles ont prononcé des peines ou des châtiments contre les infracteurs de la loi, et ces peines sont proportionnées à l'importance de chaque délit ou de chaque contravention, et au trouble plus ou moins grand qu'il porte dans la société. C'est l'objet du Code pénal.

89. La réparation du dommage causé, par une action contraire à la loi, en est encore une sorte de sanction.

Enfin le législateur ajoute souvent une sanction spéciale aux dispositions de la loi, en prononçant la nullité des actes contraires à ses prohibitions ou à ses préceptes.

90. Les auteurs enseignent même assez communément (2),

Charte, nomment *sanction* le consentement du Roi aux décrets du corps législatif, aux projets de loi adoptés par les deux chambres.

Mais, dans cette sixième section, nous prenons le mot *sanction* dans le sens des moralistes. *Voy.* Fergusson, *Institutes of moral philosophy*, part. 4, ch. 3, sect. 13, et part. 6, ch. 1 et suiv. « The sanction of any law is the good » or ill annexed to the observance, or to the neglect of it. »

(1) *Nil conscire sibi, nullâ pallescere culpâ.*
(Horat. *Epist.*, *lib.* 1, *epist. I. vers.* 71).

(2) Bouhier sur Bourgogne, observ. 21, n°. 51 et suivants, et les auteurs qu'il cite. Portalis, titre préliminaire du projet de Code, art. 4, §. 9.

et leur doctrine est conforme à la loi 5, *de legibus*, *C. L.* 1, t. 14, que les lois prohibitives emportent la peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée, et ils n'étendent pas cette maxime aux lois préceptives. Cependant, aux yeux de la raison, les préceptes de la loi ne semblent pas moins forts que ses défenses. Souvent même la différence des lois préceptives et prohibitives ne consiste que dans la contexture des mots. Si l'on ne s'attachait qu'à ce qui semblerait devoir être, il faudrait donc poser en principe que tous les actes, où les préceptes de la loi n'ont pas été observés, sont nuls ou doivent être annulés, aussi bien que ceux qui sont contraires à ses prohibitions : autrement la loi ne serait plus un précepte obligatoire, elle ne serait qu'un conseil : elle serait imparfaite. Telle était à Rome, au rapport d'Ulpien (1), la loi Cintia, qui défendait de donner au delà d'un certain taux, sans annuler la disposition qui excédait le taux fixé.

Mais la législation n'a encore été portée, chez aucun peuple, à un degré de perfection suffisant pour qu'on puisse y établir en principe, que tous les actes où les préceptes de la loi n'ont pas été observés, sont nuls. Aux lois rigoureusement nécessaires, tous les législateurs ont ajouté beaucoup de dispositions réglémentaires, et l'expérience à fait sentir que l'équité naturelle serait blessée, si l'on prononçait la nullité de tous les actes où ces règlemens n'ont pas été observés. On a donc été contraint de distinguer dans les lois, celles dont l'inobservation emporte ou n'emporte pas la peine de nullité.

91. La chose en est venue au point que l'art. 1030 du Code de procédur civile pose en principe « qu'aucun exploit ou » acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité » n'en est pas formellement prononcée par la loi. »

Disposition dictée par un motif d'équité. Les actes de procédure ne sont pas l'ouvrage des parties, qui ne peuvent se passer de l'assistance d'un officier ministériel, que souvent elles ne connaissent pas, qu'elles ne peuvent même pas toujours connaître. Si les fautes qu'il peut commettre, dans des formes arbitraires et multipliées, étaient toujours suivies de nullité, ses commettants se trouveraient les victimes innocentes de son ignorance, sans autre ressource que l'exercice d'une responsabilité toujours incertaine et souvent inutile.

(1) *Frag. lib.* 1, *tit.* 1. *Et ibi* Schulting. Heinecc. *Jus. nat. et gent. lib.* 2, §. 55.

Il a donc fallu réserver la peine de nullité pour l'inobservation des formes jugées essentielles, et au cas où la loi l'a formellement prononcée.

92. Nous avons essayé d'approfondir la théorie des nullités, tom. VII, n° 479 et suiv., et nous croyons avoir prouvé qu'on ne doit point prononcer la nullité des actes, où quelque disposition de la loi n'a point été observée, lorsque cette peine n'a pas été prononcée par le législateur ; et que dans le doute, les juges ne doivent pas prononcer la nullité, parce que les nullités sont de droit étroit, et ne doivent pas être suppléées.

Nous y avons également prouvé que la loi 5, *C. de Legibus*, n'est point observée en France.

93. Nous avons dit que la loi commande et qu'elle défend. L'effet direct et principal du commandement et de la défense est d'obliger.

Toute obligation suppose donc une loi antérieure ; toute loi produit une obligation.

94. Les actions commandées sont des devoirs pour celui qui est obligé de les faire ; sont un droit pour celui à qui la loi donne la faculté d'exiger qu'elles soient faites (1).

L'omission des actions défendues par la loi est également un devoir, et il en naît un droit en faveur de celui qui a intérêt que ces actions ne soient pas faites. Ce droit consiste dans la faculté de les empêcher, ou de demander la réparation du préjudice qu'elles lui ont causé.

Le devoir est donc l'action commandée, ou l'omission de l'action défendue par la loi.

Le droit est la faculté d'exiger que ces actions soint faites, omises ou souffertes.

95. L'obligation est la nécessité morale de faire les actions commandées, ou de s'abstenir des actions défendues par la loi, et de souffrir celles qui sont permises.

96. Il ne peut exister aucun droit en faveur d'une personne, sans qu'il existe un devoir imposé à une autre personne. Si j'ai le droit de passer dans votre champ, je ne puis l'avoir qu'en vertu d'une loi, ou, ce qui revient au même, d'une convention sanctionnée par la loi. C'est pour vous un devoir de m'y laisser passer ; c'est une obligation de me souffrir.

97. Ainsi, obligation, droit et devoir, sont des corrélatifs qui se supposent réciproquement.

On appelle corrélatifs les termes par lesquels on désigne des

(1) Heinecc. *in Puffend.*, *lib.* 1, *cap.* 1, §. 1.

choses qui ne peuvent exister l'une sans l'autre. Par exemple, pere et enfant, montagne et vallée, etc.

98. L'obligation que produit la loi n'est point une contrainte physique et absolue. La loi oblige par la considération des peines, ou des récompenses attachées à l'infraction de ses prohibitions, ou à l'observation de ses préceptes. Elle lie les volontés, *ligat, obligat.* Les jurisconsultes romains l'ont définie un lien de droit : *vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ.*

Le mot *obligation* est donc pris ici dans un sens figuré ou métaphorique, pour exprimer la contrainte morale où nous sommes de faire, ou de ne pas faire une action, afin d'éviter les peines, ou d'obtenir les récompenses qui en seraient la suite.

La volonté de l'homme n'est point contrainte d'une manière absolue par l'obligation morale. Il demeure physiquement libre de faire, ou de ne pas faire l'action commandée ou défendue; mais l'effet qui suivra l'action ou l'omission est nécessaire : il est réglé par la nature ou par la loi.

Cette nécessité qui lie des effets bons ou mauvais, des peines ou des récompenses aux actions libres, est une nécessité absolue relativement à l'individu qui ne peut la changer.

Or, comme il est dans la nature de l'homme de rechercher toujours son bonheur ou celui de ses semblables, il s'ensuit qu'il est moralement obligé ou contraint de se déterminer à faire ce qu'il croit propre à l'y conduire, comme à éviter ce qui l'en détourne.

L'espèce de contrainte ou de nécessité qui le détermine n'est donc point absolue, mais conditionnelle, c'est-à-dire que s'il veut atteindre le but qu'il se propose, éviter la peine ou se procurer l'avantage qu'il prévoit, il est obligé de faire ou de ne pas faire telle ou telle action.

On appelle cette nécessité *morale*, parce que, pour ne pas s'y soumettre, il faut avoir des mœurs contraires à la nature de l'homme.

99. L'obligation que nous avons définie la nécessité morale de faire ou de ne pas faire, est prise dans un sens passif.

Si nous voulons savoir ce que c'est que l'obligation prise dans un sens actif, il faut examiner comment nous sommes obligés. Nous avons dit que c'est par la considération des suites de notre action, des peines ou des récompenses qui y sont attachées. C'est en comparant la peine prononcée contre telle action, avec l'avantage plus faible qu'elle pourrait nous pro-

curer, que nous nous sentons obligés de nous en abstenir.

L'obligation, dans ce sens, ou le motif qui nous fait agir, est donc la comparaison des suites de l'action, avec l'avantage que nous en pourrions espérer.

Obligatio activè sumpta, quam activam appellare lubet, est connexio motivi cùm actione sive positivâ, sive privativâ. Consistit autem motivum in repræsentatione boni ex actione positivâ, et mali ex negativâ fluentis. (Wolf, *Inst. juris nat. et gent.* §. 35.)

J'insiste sur ces notions élémentaires, dont l'analyse et la méditation répandent beaucoup de clarté, sur toutes les parties de la jurisprudence.

100. La connaissance des lois, celle des obligations, des devoirs et des droits qui en dérivent, de la manière d'acquérir ces droits, de les conserver ou de les perdre, enfin de contraindre les autres à remplir leurs devoirs ; voilà toute la jurisprudence.

SECTION VII.

Quand on peut renoncer aux dispositions ou aux avantages de la loi.

SOMMAIRE.

101. Chacun peut renoncer au droit introduit en sa faveur.
102. Mais non pas aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.
103. On peut néanmoins proroger la juridiction d'un tribunal de première instance.
104. *Secùs* de la juridiction d'une cour d'appel.
105. Pourquoi on peut proroger la juridiction.
106. Explication de la maxime qu'on peut renoncer au droit introduit en sa faveur.
107. On ne peut renoncer au droit de tester, aux prescriptions non acquises, etc.
108. Exceptions à la maxime qu'on peut renoncer au droit introduit en sa faveur.
109. Difficulté d'établir sur ce point des règles invariables.
110. Conséquence de cette discussion.
111. Il est plus facile aujourd'hui qu'autrefois de connaître les lois auxquelles on peut déroger.

101. L'objet le plus ordinaire des lois est de régler les droits respectifs des citoyens. Or, comme chacun est toujours libre de renoncer à ses droits, il s'ensuit qu'en général les

citoyens peuvent renoncer aux dispositions de la loi qui ne sont introduites qu'en leur faveur, et qui n'intéressent qu'eux seuls.

Est regula juris antiqui, omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renunciare. L. 26, *C. de pactis.*

102. Mais *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.*

C'est la disposition de l'art. 6 du Code civil, qui est tiré du droit romain. *L. 6, C. de pactis; L. 45, ff. de reg. jur.; L. 38, ff. de pact.*

103. Cette maxime, qui paraît évidente, n'est pourtant pas sans exception : par exemple, l'ordre des juridictions ou la compétence des tribunaux est de droit public.

Cependant les particuliers soumis à la juridiction d'un tribunal ordinaire de première instance, peuvent se soumettre à être jugés par un autre. C'est ce qu'on appelle proroger la juridiction.

104. Mais ils ne pourraient pas porter une affaire directement devant une cour d'appel, qui ne peut juger en premier ressort. Ils ne pourraient pas non plus convenir que l'appel d'un tribunal de première instance serait porté devant une cour d'appel qui lui est étrangère, parce qu'ils ne peuvent donner à cette cour le pouvoir de réformer les jugements d'un tribunal qui ne dépend point, et qui n'est pas situé dans son ressort.

105. Si les parties peuvent proroger la juridiction d'un tribunal de première instance, c'est que le principe que le demandeur doit plaider dans la juridiction du défendeur est introduit en faveur de celui-ci, et que, suivant la maxime que nous avons établie d'abord, il est permis à chacun de renoncer au droit introduit en sa faveur.

106. Cette dernière maxime est aussi sujette à beaucoup de limitations. On peut toujours renoncer à un droit acquis, par exemple, à une succession ouverte. Mais on ne peut pas toujours renoncer à un avantage futur, à l'effet futur de la loi, quoiqu'elle n'ait pour objet que l'intérêt des particuliers, quoiqu'elle ne soit introduite qu'en leur faveur.

107. Par exemple, la faculté de tester n'est introduite qu'en faveur des particuliers; il en est de même de la rescision pour cause de lésion, de la prescription, etc. Cependant on ne peut renoncer à la faculté de tester, ni à la rescision pour lésion, avant que l'action soit ouverte (article 1674), ni à

la prescription avant qu'elle soit acquise. (Article 2220.)

108. La maxime qu'on peut déroger ou renoncer aux lois qui ne sont introduites qu'en faveur des particuliers, souffre donc exception (1), 1°. toutes les fois que la loi elle-même a défendu de déroger à ses dispositions; 2°. lorsqu'on peut induire de ses dispositions ou de ses motifs, qu'elle est absolument prohibitive; 3°. lorsque les dispositions de la loi ont pour fondement quelque cause publique ou politique, ou l'intérêt d'un tiers.

109. Les jurisconsultes qui ont écrit sur la matière des statuts, où l'on examine quelles sont les lois auxquelles on peut ou l'on ne peut pas déroger, avaient cherché une règle de décision dans la distinction entre les lois prohibitives et non prohibitives. Mais l'imperfection de la législation avait rendu cette matière tellement obscure, que les plus grands génies en jurisprudence, depuis Dumoulin jusqu'à Bouhier et Duparc-Poullain, n'ont pu la réduire à des principes simples, uniformes et invariables. Les plus anciens auteurs enseignaient communément qu'on ne peut déroger anx lois ou statuts prohibitifs. Mais ceux qui ont écrit après eux (2), ont observé et prouvé que toutes les lois conçues en forme de prohibition, *nul ne peut*, *on ne peut*, etc., ou autres semblables, ne sont pas absolument prohibitives en ce sens, qu'on ne puisse y déroger, et qu'on ne peut juger que par le motif de la loi et par son objet, *secundùm subjectam materiam*, si elle est absolument prohibitive.

Duparc-Poullain (3) distingue les statuts prohibitifs et les statuts exclusifs ou négatifs et dit que les statuts prohibitifs sont ceux auxquels on ne peut déroger par aucune convention. Il avoue ensuite qu'on ne peut donner de règles certaines pour connaître si les lois ou les statuts sont prohibitifs, ou s'ils ne sont qu'exclusifs.

110. Ce n'est donc point dans la distinction des lois prohibitives ou non prohibitives qu'on peut trouver une règle invariable pour connaître celles auxquelles on peut déroger.

111. Cette discussion doit faire sentir combien il est essentiel de ne point s'habituer à se contenter de mots, et de n'en laisser passer aucun sans en pénétrer le sens. Enfin, elle montre

(1) Bouhier, sur Bourgogne, observ. nos. 53, 57, 63 et 68.

(2) *Voy.* Bouhier, observ. 21, nos. 62, 68, 71, 72; d'Argentré, *in art.* 218, *Gloss.* 3, de l'ancienne coutume de Bretagne; Basnage, sur Normandie, tit. II, pag. 217, édit. de 1720.

(3) T. VIII, pag. 202 et 204.

l'écueil où ont échoué les esprits les plus forts, les auteurs les plus savants, et combien il est difficile de faire des règles générales en jurisprudence. *Omnis, definitio in jure civili periculosa est. Parùm est enim ut non subverti possit. L.* 202, *ff. de R. J.*

Aujourd'hui, que nous avons un Code uniforme pour toute la France, il est plus facile de distinguer les lois auxquelles on peut déroger. Le but et les motifs de chaque disposition sont mieux connus, soit qu'elles aient les personnes ou les choses pour objet principal, soit qu'elles aient eu l'intention d'énoncer des préceptes et des prohibitions absolus, ou simplement relatifs à l'intérêt de quelques personnes. Le législateur a même souvent déclaré, quand on pouvait ou quand on ne pouvait pas déroger aux dispositions de la loi. Par exemple, les lois relatives aux droits respectifs des époux, n'ont été faites que pour tenir lieu de contrat de mariage aux personnes qui n'en ont point fait. Il est donc de la nature de ces dispositions de pouvoir être changées, par des conventions particulières, à l'exception de quelques points auxquels la loi a expressément défendu de déroger.

SECTION VIII.

Quelles personnes la loi oblige.

SOMMAIRE.

112. La loi oblige tous les sujets du souverain qui l'a faite, même les étrangers qui habitent son territoire, ou qui y voyagent.
113. Ils sont en plusieurs cas justiciables des tribunaux du pays, en matière de police, et même en matière civile.
114. Quoique les lois ne commandent qu'aux personnes, néanmoins, quand on considère leur objet, on les divise en lois personnelles et en lois réelles.
115. Les lois personnelles régissent les Français même résidant en pays étranger.
116. Les lois réelles régissent les immeubles situés en France, même possédés par des étrangers.
117. Exemple et applications des lois personnelles.
118. Application des lois réelles aux étrangers.
119 et 120. La forme des actes est régie par la loi du lieu où ils ont été passés.

112. Un souverain ne peut commander qu'à ses sujets. Sa puissance ne s'étend point sur les étrangers. Cependant s'ils viennent habiter son territoire, s'ils y voyagent, ils sont censés se soumettre aux lois et au souverain du pays. Les lois de l'hospitalité, qui dérivent du droit naturel, exigent que tout

étranger respecte les lois du pays où il passe, ou dans lequel il réside, et qu'il s'y soumette; d'autant mieux que, dans le cours de son voyage, et pendant le temps plus ou moins long de sa résidence, il est protégé par ces lois.

L'article 3 du Code civil n'a donc fait qu'énoncer une maxime de la raison naturelle, consacrée par le droit politique de toutes les nations, lorsqu'il a dit que « les lois de police et » de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. »

113. Ainsi les étrangers qui délinquent sont justiciables des tribunaux du pays. Ils le sont même en matière civile dans beaucoup de cas, comme nous le verrons par la suite.

114. Les lois ne commandent qu'aux personnes. Néanmoins, si l'on considère leur objet principal, on distingue celles qui ne sont relatives qu'à l'état et à la capacité des personnes, de celles qui règlent la transmission des biens. Les premières sont appelées lois personnelles, les secondes lois réelles.

115. L'article 3 veut que « les lois concernant l'état et la » capacité des personnes régissent les Français, même ré- » sidant en pays étranger. »

116. Et que « tous les immeubles situés en France, même » ceux possédés par des étrangers, soient régis par la loi » française. »

117. Les lois sur la légitimité des enfants, sur la minorité ou la majorité, sur la puissance paternelle ou maritale, etc., sont des lois personnelles; elles suivent partout la personne des Français.

Ainsi, par exemple, un Français résidant en Angleterre ne pourrait s'y marier avant vingt-cinq ans, sans le consentement de ses père et mère, quoique les lois anglaises l'autorisent à faire un tel mariage à vingt-un ans.

Un Français enfant naturel, légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, conformément à l'article 331 du Code, sera légitime même en Angleterre, où la légitimation par mariage subséquent n'est pas admise (1).

118. Un étranger qui posséderait des immeubles en France, n'en pourrait disposer que suivant les lois françaises. Il ne pourrait donner plus que ces lois ne permettent, ni donner la quotité disponible aux personnes qu'elles déclarent incapables de recevoir.

119 et 120. Mais quant à la forme des actes par lesquels on dispose, c'est-à-dire, aux formalités et à l'authenticité de ces actes

(1) Blackstone, Book. 1, chap. 16 n°. 4.

c'est la loi du lieu où l'acte a été passé qu'il faut suivre (1). *Locus regit actum.*

SECTION IX.

Du pouvoir judiciaire, ou par qui et comment la loi peut être appliquée.

SOMMAIRE.

121. Du pouvoir judiciaire.
122. Il doit être séparé de la puissance législative et de la puissance exécutive.
123. La charte constitutionnelle a séparé le pouvoir judiciaire du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.
124. Établissement des bureaux de paix et de conciliation.
125. Il y a deux degrés de juridiction.
126. Et une cour de cassation qui ne connaît pas du fond des affaires.
127. Ses attributions.
128. Elle exerce un droit de censure sur les cours d'appel et sur les cours criminelles; mais non la puissance judiciaire.
129. La puissance judiciaire n'est exercée que par les justices de paix, par les tribunaux de première instance et par les cours d'appel.
130. Les juges et présidents sont nommés à vie et inamovibles, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture.
131. Le pouvoir de juger n'est point exercé par un seul homme, excepté dans les justices de paix.
132. Le Roi ne peut exercer la puissance de juger, ni la faire exercer par son conseil d'état.
133. Ce principe sacré a été reconnu et proclamé par celui qui respectait le moins les droits du peuple.
134. Dans l'affaire du sieur Du Chatenet.

121. Après avoir examiné les principaux effets de la loi, les personnes qui y sont soumises, il reste à examiner par qui et comment la loi peut être appliquée.

Le pouvoir d'appliquer la loi aux faits particuliers, de juger les différends qui naissent entre les citoyens, et de punir les crimes, est ce qu'on appelle le pouvoir judiciaire.

122. » Il n'y a point de liberté (2) si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de la » puissance exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens » serait arbitraire, car le juge serait législateur. » Le corps législatif étant habitué à faire des lois ou des règles, pourrait difficilement se soumettre à ne suivre que des règles déjà

(1) Bouhier, sur Bourgogne, chap. 28.
(2) Montesquieu, Esprit des lois, liv. 11, chap. 6.

faites, à les interpréter pour en appliquer les conséquences.

D'un autre côté, si le pouvoir judiciaire était uni au pouvoir exécutif, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur, et il n'y aurait aucune autorité supérieure qui pût réprimer ses écarts ou ses erreurs.

123. En France, l'exercice du pouvoir judiciaire était, long-temps avant la révolution, séparé du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif (1). Cette séparation fut établie plus positivement par la constitution de 1771, et par les lois suivantes. Elle est irrévocablement consacrée par la charte constitutionnelle, qui maintient le pouvoir judiciaire indépendant du pouvoir exécutif, quoique agissant toujours sous la surveillance et au nom du magistrat suprême.

L'article 57 porte que « toute justice émane du Roi. Elle » s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et » qu'il institue. »

Les juges sont donc les délégués légaux du Roi. Leurs pouvoirs sont une émanation du sien. Ils sont néanmoins indépendants, parce qu'une fois nommés par le Roi, il sont inamovibles (article 58), à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture.

La charte constitutionnelle a maintenu les cours et tribunaux ordinaires actuellement existants. Il n'y peut être rien changé qu'en vertu d'une loi. (Article 59.)

124. L'article 61 maintient aussi spécialement les justices de paix dont l'origine remonte en France à la loi du 24 août 1790, et dont la principale fonction est de concilier les parties, s'il est possible, et de les inviter, en cas de non conciliation, à se faire juger par des arbitres.

125. La charte constitutionnelle maintient aussi implicitement le décret du 1er mai 1790, qui veut qu'il y ait en matière civile deux degrés de juridiction seulement. Il peut cependant n'y en avoir qu'un seul en certains cas, car les juges de paix et les tribunaux civils jugent en dernier ressort jusqu'à une certaine somme : les premiers jusqu'à 50 francs

(1) Lorsque Louis XIII voulut être juge dans le procès du duc de la Valette, le président de Belièvre appelé dans le cabinet du Roi, dit en sa présence, et en présence de plusieurs magistrats et conseillers d'état, appelés comme lui auprès du roi : « qu'il voyait dans cette affaire une chose étrange, un prince » opiner un procès d'un de ses sujets, etc. »

Et lorsqu'on jugea le fond, le même président dit dans son avis : « Cela est » un jugement sans exemple, voire contre tous les exemples du passé jusqu'à » huy, qu'un roi de France ait condamné en qualité de juge, par son avis un » gentilhomme à mort. » *Voy.* Montesquieu, Esprit des lois, liv. 6, chap. 5.

en matière personnelle; les seconds jusqu'à mille francs.

Il y a donc des tribunaux de première instance et des cours d'appel, ce sont les cours royales.

126. Et comme les cours d'appel ne sont pas infaillibles, comme elles pourraient, si leurs arrêts n'étaient soumis à aucune révision, à aucune censure, changer les lois et les modifier de diverses manières, introduire ainsi une jurisprudence différente dans chaque ressort, et replonger insensiblement la législation dans le chaos, d'où l'a fait sortir le grand bienfait d'un code uniforme pour toute la France, la constitution a créé une Cour de cassation qui ne connaît pas du fond des affaires, mais qui casse les jugements rendus sur des procédures irrégulières, ou qui contiennent quelque contravention expresse à la loi: elle renvoie ensuite le fond du procès au tribunal qui doit en connaître.

127. Cette cour prononce encore sur les demandes en règlement de juges, sur les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre, pour cause de soupçon légitime (1) ou de sûreté publique, et sur les prises à partie contre un tribunal entier (art. 65); mais non pas contre une cour d'appel: la connaissance en était réservée à une haute cour impériale, aujourd'hui supprimée comme contraire à la Charte. (Art. 101, §. 7 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII.)

128. Enfin la Cour de cassation exerce un droit de censure et de discipline sur les cours. Elle peut, pour causes graves, suspendre les juges de leurs fonctions et les mander près du grand-juge, pour y rendre compte de leur conduite. (Art. 82 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X.)

Ainsi la Cour de cassation n'exerce point la puissance judiciaire proprement dite (2); elle exerce une censure

(1) Cette disposition a été modifiée par le Code de procédure. Le titre 19 attribue la connaissance des règlements de juges, 1°. aux tribunaux de première instance, s'il s'agit de tribunaux de paix ressortissant au même tribunal; 2°. aux cours royales, s'il s'agit de tribunaux de première instance situés dans le même ressort d'appel, ou de tribunaux situés dans des ressorts différents; 3°. à la Cour de cassation, s'il s'agit de cours royales ou de tribunaux de première instance situés dans différents ressorts.

Le titre 20 veut que la demande en renvoi, pour cause de soupçon légitime, résultant de la parenté entre l'une des parties et un ou plusieurs juges soit portée aux cours royales ou à la Cour de cassation, selon qu'il s'agit de décliner une cour ou un tribunal de première instance. *Voy.* aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juillet 1807. Sirey, Décis. div., an 1807, page 120.

(2) Pas même lorsqu'elle poursuit les juges pour forfaiture, puisqu'elle est obligée en ce cas, de renvoyer le jugement aux juges compétents. *Voy.* la loi sur l'organisation des tribunaux, du 27 ventôse an VIII, articles 80 et suivants.

légale et nécessaire sur les cours et sur les tribunaux, auxquels la puissance judiciaire est déléguée.

129. Cette puissance, quoique toujours sous la surveillance du Roi, n'est donc exercée et ne peut être exercée en France, que par les justices, tribunaux et cours *ordinaires*, c'est-à-dire, par les juges de paix, les tribunaux de première instance et les cours royales.

Il y aussi quelques tribunaux particuliers, qu'on appelle tribunaux d'exception ou d'attribution, parce qu'ils ne connaissent pas de certaines causes et entre certaines personnes.

130. Pour que l'exercice du pouvoir judiciaire soit indépendant, les juges et les présidents sont nommés à vie. Ils sont inamovibles, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture. (Art. 58 de la Charte.) Les juges de paix ne le sont pas. (Art. 61.)

131. A l'exception des justices de paix, qui ne connaissent que des affaires d'une très-légère importance, le pouvoir de juger n'est point exercé par un seul homme, il est partagé entre plusieurs; et les jugements ni les arrêts ne peuvent être rendus que par le nombre des juges réglé par la loi.

132. L'exercice du pouvoir judiciaire, par les tribunaux établis, est en France un point fondamental et tellement constitutionnel, que le Roi, quoique magistrat suprême, ne peut exercer la puissance de juger, ni la faire exercer par son conseil d'état. Il n'y peut donc évoquer les affaires des particuliers, comme le faisaient autrefois les ministres des rois de France, malgré les réclamations des parlements, malgré les priviléges de la Bretagne, si précis sur ce point (1), aujourd'hui étendus à tout le royaume, et confirmés par les art. 62 et 63 de la Charte qui portent: *Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels. Il ne pourra en conséquence être créé de commission et tribunaux extraordinaires.*

133. Le principe que le Roi, ou le magistrat suprême de l'État, ne peut, en son conseil, exercer la puissance de juger, a été respecté même par Bonaparte, dans un avis du conseil d'état approuvé le 13 janvier 1806, inséré dans le Bulletin des lois.

134. Un sieur du Chatenet s'était pourvu à la Cour de cas-

(1) *Voy.* le Recueil des titres concernant les franchises et libertés de Bretagne, au sujet des évocations, réimprimé à Rennes en 1786.

sation, contre un arrêt qui annulait le testament de la demoiselle Tellier; faute par le notaire d'avoir fait mention expresse que l'acte était écrit de sa main, la Cour de cassation rejeta le pourvoi.

Du Chatenet adressa directement à l'empereur une réclamation qui fut renvoyée au conseil d'état.

Le conseil considéra que les constitutions n'ont établi que deux degrés de juridiction : qu'elles ont créé des Cours d'appel pour juger en dernier ressort.... Mais que des raisons d'un intérêt général ont exigé qu'après les juges supérieurs établis pour réparer les erreurs d'une première décision, on ne permît pas de remettre en question ce qui a été jugé par les Cours; que, s'il en était autrement, on ne voit pas où il faudrait arrêter ces examens ultérieurs, ni quelle plus forte garantie la société aurait contre les erreurs des troisièmes et quatrièmes juges.

Qu'à la vérité les arrêts des cours n'ont le caractère de décisions souveraines, qu'autant qu'ils sont revêtus de toutes les formalités requises pour constituer un jugement; que si les formes ont été violées, il n'y a pas de jugement à proprement parler; et que la constitution a créé la Cour de cassation pour annuler ces actes irréguliers, ainsi que les arrêts qui se trouvent en opposition formelle avec une disposition textuelle de la loi ; que telles sont les seules garanties que les constitutions ont données contre les erreurs des magistrats; qu'après ces moyens constitutionnels épuisés, il ne reste plus aucun recours, et qu'on ne pourrait s'écarter de ces principes conservateurs, sans tomber dans un arbitraire inconciliable avec le droit de propriété et avec la liberté civile.

SECTION X.

Du pouvoir d'interpréter la loi.

SOMMAIRE.

135. Ministère des juges ; nécessité d'interpréter la loi.
136. Deux sortes d'interprétation, l'une par voie de doctrine, l'autre par voie d'autorité.
137. Sous l'ancienne jurisprudence, le droit d'interpréter la loi par voie d'autorité, appartenait au pouvoir législatif.
138. La constitution de l'an VIII parut donner au pouvoir exécutif le droit d'interpréter les lois administratives, et non les judiciaires, qui con-

135. Le ministère des juges est d'appliquer les lois avec discernement et fidélité; de juger suivant la loi, et non pas de juger la loi. *Meminisse debet judex ne aliter judicet quàm legibus proditum est. Inst. de Off. jud. in princip.*

Mais il est souvent nécessaire d'interpréter la loi, c'est-à-dire, d'en fixer le sens lorsqu'il est incertain.

136. Il y a deux sortes d'interprétations, l'une par voie de doctrine, l'autre par voie d'autorité.

L'interprétation, par voie de doctrine, consiste à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application aux cas particuliers; elle appartient proprement à la logique, qui nous apprend à diriger notre esprit dans la recherche de la vérité, et à découvrir, à l'aide des moyens offerts par la raison, le véritable sens des textes obscurs ou ambigus. L'interprétation doctrinale est nécessaire surtout aux juges, aux arbitres, aux jurisconsultes.

L'interprétation, par voie d'autorité, consiste à résoudre les doutes, et à fixer le sens d'une loi, par forme de disposition générale, obligatoire pour tous les citoyens, et pour tous les tribunaux.

137. Il est évident qu'une pareille disposition ne diffère en rien de la loi, et, par conséquent, que l'interprétation, par voie d'autorité, doit appartenir au pouvoir législatif; c'était

une maxime généralement reçue avant la révolution (1) : *ejus est interpretari legem cujus est condere.*

Si le pouvoir d'interpréter la loi, par voie d'autorité, était donné à un corps, ou à un individu autre que celui qui est revêtu du pouvoir législatif, ce corps ou cet individu trouverait facilement les moyens de se rendre le seul législateur.

La constitution de 1791, n'accorda donc point ce pouvoir au Roi; et l'article 12 de la loi du 24 août 1790 en défendant aux tribunaux de faire des règlements, leur ordonna de s'adresser au corps législatif, toutes les fois qu'ils croiraient nécessaire d'interpréter une loi.

La constitution de l'an III suivit les mêmes principes, et voulut (art. 266) que lorsqu'il était nécessaire d'interpréter une loi, même à l'occasion d'un cas particulier, par exemple, lorsqu'après un arrêt de cassation, le second jugement sur le fond était conforme au premier, la question fût soumise au corps législatif, qui devait rendre une loi interprétative, à laquelle les tribunaux étaient obligés de se conformer.

138. La constitution de l'an VIII n'avait point de disposition sur le pouvoir d'interpréter les lois, qui demeurait, par conséquent, réservé au pouvoir législatif : mais on crut trouver, dans l'article 52, une distinction entre l'interprétation des lois administratives, et l'interprétation des lois judiciaires. Cet article autorise le conseil d'état, sous la direction du gouvernement, à résoudre les difficultés en matière d'administration, et à rédiger les règlements d'administration publique; ce qui semblait lui donner le droit d'interpréter les lois administratives.

Le silence gardé par la constitution de l'an VIII, sur l'interprétation des lois relatives à l'ordre judiciaire, et sur les difficultés qu'elles peuvent faire naître, laissait le pouvoir de les interpréter dans les attributions du corps législatif : lorsque le gouvernement jugeait, de son propre mouvement, qu'il était nécessaire d'interpréter une loi, par exemple, le Code civil, il proposait au corps législatif un projet de loi pour déterminer le sens de l'article qui paraissait obscur. Nous trouvons sous la date du 3 septembre 1807, deux lois rendues, l'une, pour déterminer le sens et les effets de l'article 2148 du Code, sur l'inscription des créances hypothécaires exigibles ou non exigibles; l'autre, pour fixer le sens de la loi du 11 brumaire an VII, et de l'article 2123 du Code, relativement aux inscriptions hypothécaires à prendre en vertu de juge-

(1) *Voy.* Vinnius, *Quæst. jur. select. Lib.* 1, *cap.* 2.

ments, rendus sur des demandes en reconnaissance d'obligation sous seing privé.

139. Mais on prétendit bientôt que le droit d'interpréter la loi sort des attributions du pouvoir législatif, lorsque l'interprétation devient nécessaire à raison d'un procès préexistant; par exemple, lorsque la Cour de cassation, interprétant la loi d'une manière, a cassé deux arrêts rendus dans la même affaire, par deux cours différentes, qui ont entendu la loi d'une autre manière.

Si l'arrêt de la seconde cour à qui l'affaire avait été renvoyée, est encore attaqué par les mêmes moyens que l'arrêt de la première cour, il devient nécessaire d'interpréter la loi, entendue différemment par la Cour de cassation et par deux autres cours; il ne serait pas raisonnable de renvoyer l'affaire à une troisième cour, puis peut-être à une quatrième, etc., si la troisième jugeait comme les deux premières. Le partage d'opinions qui s'est élevé entre la Cour de cassation d'une part, et deux autres cours de l'autre part, prouve assez qu'il y a obscurité dans la loi; il faut donc recourir à l'interprétation par voie d'autorité.

Le gouvernement impérial fit adopter le 16 septembre 1807, une loi qui lui attribua, dans ce cas, le droit d'interpréter la loi.

L'article 1er. porte : « Il y a lieu à interprétation de la loi,
» si la Cour de cassation annule deux arrêts, ou jugements
» en dernier ressort, rendus dans la même affaire, entre
» les mêmes parties, et qui ont été attaqués par les mêmes
» moyens.

Art. 2. » Cette interprétation est donnée dans la forme
» des règlements d'administration publique.

Art. 3. » Elle peut être demandée par la Cour de cassation
» avant de prononcer le second arrêt.

Art. 4. » Si elle n'est pas demandée, la Cour de cassation
» ne peut rendre le second arrêt que les sections réunies, et
» sous la présidence du grand-juge.

Art. 5. » Dans le cas déterminé en l'article précédent; si
» le troisième arrêt est attaqué, l'interprétation est de droit,
» et il sera procédé comme il est dit à l'art. 2. »

140. Le motif qu'employa l'orateur du gouvernement, pour faire adopter ces dispositions, fut que l'interprétation, par voie d'autorité, n'appartient ni à la Cour de cassation, ni aux autres tribunaux; qu'elle ne peut appartenir qu'à « l'autorité
» qui a l'initiative de la loi, et qui, chargée de sa rédaction
» et proposition, connaît parfaitement l'esprit dans lequel

» toute la loi est conçue. » C'était par ce motif, ajoutait le même orateur, que la loi du 24 août 1790, et la constitution de l'an III, avaient attribué l'interprétation, par voie d'autorité, au pouvoir législatif qui avait alors l'initiative de la loi.

Cette raison, ou plutôt ce prétexte, pouvait avoir quelque couleur dans un temps où le rôle des muets, qui composaient alors le corps législatif, se bornait à écouter les volontés du maître. Mais aujourd'hui que la Charte veut que la loi soit *discutée et votée librement par la majorité des deux chambres* (article 18); aujourd'hui que la discussion publique nécessite le développement des motifs et de l'esprit dans lequel toute la loi est conçue; aujourd'hui, enfin, que les projets de loi subissent des changements et des amendements, souvent très-considérables, il n'est plus possible de dire que l'interprétation de la loi appartient au pouvoir exécutif, parce que chargé de la rédaction de la loi, lui seul en connaît le véritable esprit.

141. Aussi, dès la session des chambres en 1814, on s'aperçut que la loi du 16 septembre 1807 n'était plus en harmonie avec l'esprit de la Charte : dans la séance du 5 août (1), on fit à la chambre des députés, la proposition de supplier le Roi de proposer un projet de loi, pour abroger celle du 16 septembre 1807. Il fut déclaré à l'unanimité que cette proposition serait prise en considération. Sa rédaction, après avoir été discutée dans le comité secret du 21 septembre, conformément aux formes prescrites, fut définitivement arrêtée dans la séance publique du 24 septembre 1814, comme suit :

Le Roi sera supplié de proposer un projet de loi qui contienne les dispositions suivantes :

Art. 1er. « Lorsqu'après la cassation d'un premier arrêt » ou jugement en dernier ressort, le second arrêt ou jugement rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties, est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la » Cour de cassation prononce sur le point de droit, sections » réunies, sous la présidence du chancelier, ou du garde des » sceaux de France.

Art. 2. « Lorsque l'arrêt ou jugement des cours et tri» bunaux aura été cassé deux fois, si un troisième tribu» nal juge de la même manière que les deux précédents, et » qu'il y ait par les mêmes moyens un pourvoi en cassation, » il y a lieu à interprétation de la loi, et il en doit être » référé au pouvoir législatif par la Cour de cassation.

Art. 3. « La déclaration interprétative des lois est don-

(1) *Voy.* le *Moniteur.*

» niée par le pouvoir législatif, dans la forme ordinaire des » lois. »

Art. 4. « La loi interprétative ne change rien aux jugemens qui auraient acquis l'autorité de la chose jugée, et aux transactions arrêtées avant sa publication.

Art. 5. « Toute loi contraire aux dispositions ci-dessus est abrogée. »

La chambre arrêta que cette résolution serait, après un délai de dix jours, renvoyée à la chambre des pairs, où elle fut également adoptée.

Mais S. M. ne jugea pas à propos de présenter cette proposition. Ainsi la loi du 16 septembre 1807 reste en vigueur.

Il ne faut pas oublier que c'est dans le cas seulement d'un partage d'opinions, qui s'est élevé sur le sens d'une loi entre la Cour de cassation et les cours royales, que la loi du 16 septembre 1807 défère l'interprétation par voie d'autorité à la puissance exécutive, qui ne peut, en tout cas, interpréter la loi de son propre mouvement (1). Ce serait évidemment usurper le pouvoir législatif.

Le droit d'interpréter une loi, pour mettre d'accord des cours qui l'entendent dans un sens opposé, est beaucoup moins dangereux pour la liberté publique. Cependant il est évident que ce droit, dans la main d'un gouvernement tel que celui de Bonaparte, tendait à lui donner le pouvoir de changer les lois d'une manière indirecte et détournée. Il eût suffi, pour cela, de gagner la majorité dans une des chambres de la Cour de cassation, et d'obtenir un premier arrêt dans le sens qu'on voudrait donner à la loi. Si la cour ou le tribunal, à qui l'affaire eût été renvoyée, conformait son arrêt ou son jugement à la décision de la Cour de cassation, la jurisprudence se serait à-peu-près trouvée fixée dans le sens désiré; si au contraire cette cour ou ce tribunal jugeait d'une autre manière, un nouveau pourvoi con-

(1) Le roi n'a pas ce droit en Angleterre. Il n'a, comme en France, que le droit de faire des proclamations pour contraindre d'exécuter les lois, qui ne pouvant entrer dans le détail des moyens d'exécution, du temps, des circonstances où leurs dispositions doivent être exécutées, s'en rapportent, ou sont censées s'en rapporter à la prudence et à la discrétion du magistrat suprême, dont néanmoins les proclamations ou ordonnances ne sont obligatoires qu'autant qu'elles n'apportent aucune innovation à la loi, et qu'elles ne dispensent point d'observer une loi existante. Les proclamations contraires à la loi n'obligent point les sujets, qui ne peuvent point être punis pour avoir négligé de s'y conformer. *Voy.* Blackstone, *Commentaries on the laws of England.* Book 1, ch. 7, n°. 3, *in fin.* Custance, *Concise niew of the constitution of England*, 3e. édit., ch. 12, pag. 162 et 163.

tre l'arrêt ou le jugement, aurait mis la Cour de cassation dans le cas de demander un décret interprétatif, conformément à l'art. 3 de la loi du 16 septembre 1807, et alors le gouvernement, par une interprétation adroite et détournée, eût changé la loi, comme il l'eût jugé à propos. On peut voir (*sup.* n°. 76) un exemple frappant de la manière dont on peut changer, abroger même une loi, en croyant ne faire que l'interpréter. Les ordonnances des 27 novembre 1816 et 8 janvier 1817 ont abrogé l'art. 1er. du Code.

142. Observez, au reste, que les règlements ou ordonnances qui interprètent une loi, pour mettre d'accord des Cours qui ne l'entendent pas de la même manière, ne prononcent point sur l'affaire à l'occasion de laquelle ils ont été rendus. Ce sont des décisions générales, qui doivent être ensuite appliquées à l'affaire, par les tribunaux, comme devait l'être la loi interprétée.

Après l'ordonnance d'interprétation rendue, la Cour de cassation admet ou rejette le pourvoi, suivant que l'arrêt ou le jugement attaqué se trouve conforme ou contraire à l'interprétation.

Dans le cas de rejet, l'arrêt ou le jugement attaqué acquiert l'autorité de la chose jugée.

Dans le cas d'admission du pourvoi, la Cour de cassation renvoie à une autre cour ou à un autre tribunal, qui doit juger conformément à l'ordonnance d'interprétation.

143. L'usage si abusif des rescrits du prince, pour décider le point de droit dans les contestations existantes entre les particuliers, comme le faisaient les empereurs romains, dans l'ancienne Rome, et les souverains pontifes, dans Rome nouvelle, est contraire aux principes de la Charte, et n'existait pas en France avant la révolution.

144. Sous le gouvernement impérial, le Conseil d'état donnait fréquemment des avis, approuvés par l'empereur, sur des affaires qui étaient du ressort de la justice ordinaire. Cet usage avait été justement critiqué par un grand magistrat, M. Maleville (1), l'un des rédacteurs du projet du Code civil. Il observe avec raison que ces avis devant influer sur les jugements, la nation ne croirait plus à l'indépendance des tribunaux. Ce serait, ajoute-t-il, un grand malheur, puis-

(1) Analyse raisonnée de la discussion du Code., tom. I, pag. 264. Il cite Montesquieu, Esprit des Lois, liv. 6, chap. 5 et 6. Dans quels gouvernements le souverain peut être juge.

Que dans la monarchie les monarques ne doivent pas juger.

que dès-lors on perdrait l'opinion de la sûreté de son état et de ses propriétés, dont les tribunaux sont les gardiens naturels, *et que cette erreur produirait tous les mauvais effets de la réalité*. Cet abus n'existe plus aujourd'hui. On doit espérer qu'il ne se renouvellera pas.

145. L'art. 5 du Code défend aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglémentaire, sur les causes qui leur sont soumises. Ce serait usurper le pouvoir législatif.

Ainsi les juges, même dans les cours souveraines, ne peuvent faire de règlements, comme le faisaient les parlements avant la révolution, et comme les préteurs et les proconsuls le faisaient à Rome sous le nom d'édits.

146. Mais quoique la loi soit muette, le juge, dans les affaires civiles, n'en est pas moins obligé de prononcer; il est la loi parlante, *lex loquens*, et l'art. 4 du Code porte : « Que le juge qui refusera de juger, sous prétexte du si- » lence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra » être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

Ainsi les juges interprètent la loi d'une manière doctrinale, et impriment à leur interprétation le sceau de l'autorité publique pour les cas particuliers sur lesquels ils ont prononcé.

147. Dans les matières criminelles, ils ne peuvent, en aucun cas, suppléer à la loi ni l'interpréter. Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit. (Déclaration des droits de 1791, art. 8, et Code des délits et des peines, art. 4.)

C'est donc dans les affaires civiles seulement que les juges sont obligés de prononcer, lors même que la loi se tait, ou paraît se taire, parce qu'ils sont établis pour rendre la justice aux citoyens, parce que c'est à eux seuls que la constitution a délégué le pouvoir judiciaire, par l'intermédiaire du Roi qui les nomme et les institue.

148. Il n'appartient qu'à eux seuls, de prononcer sur ces cas extraordinaires et non prévus par la loi.

Si la décision était renvoyée au législateur, il en résulterait une confusion du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Le législateur deviendrait juge; il prononcerait entre deux particuliers, il prononcerait sur un fait passé, ce qui est contraire aux principes que nous avons expliqués.

Si ces cas extraordinaires étaient renvoyés au Roi, ou à son conseil d'état, il en résulterait l'une des plus dange-

reuses confusions de pouvoirs, celle du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. Ce serait introduire l'usage abusif des rescrits du Prince, qui finirait par dicter les décisions de tous les tribunaux, et qui, par ce moyen, pourrait insensiblement changer toutes les lois, les modifier, et réunir, au moins en fait, les trois pouvoirs séparés par la constitution, et sans la division desquels la liberté ni la propriété n'ont point de garantie suffisante (1).

Ainsi c'est avec une profonde sagesse, que le Code a défendu aux juges de se dispenser de prononcer sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. L'action de la justice ne peut être suspendue.

149. Mais quelle règle suivra le juge dans les cas douteux où la loi semble se taire?

D'abord l'équité qui est le retour à la loi naturelle, l'usage qui est le supplément le plus naturel des lois, comme nous le dirons dans la section suivante; aussi le Code renvoie-t-il souvent aux usages des lieux, comme on peut le voir dans les articles, 1159, 1648, 1736, etc.

Quant à l'équité, on a dit dans tous les temps, qu'elle était le supplément des lois; rien n'est plus juste et plus vrai, pourvu que l'équité soit dirigée par la science, sans laquelle le magistrat doit trembler de siéger dans le temple de la justice, et sans laquelle l'esprit ne fera que l'égarer dans la recherche d'un fantôme d'équité purement imaginaire (2).

C'est surtout dans les écrits des jurisconsultes romains qu'il trouvera des guides sûrs et des règles de décision infaillibles. Ce livre seul, comme l'observe d'Aguesseau (3), développe sans peine les premiers principes et les dernières conséquences du droit naturel. Malheur au magistrat, dit-il, qui ne craint pas de préférer sa seule raison à celle de tant de grands hommes; et qui, sans autre guide que la hardiesse de son génie, se flatte de découvrir d'un simple regard, et de percer du premier coup-d'œil la vaste étendue du droit!

150. Ceux qui désireront des règles plus étendues pour l'interprétation des lois, les trouveront dans les auteurs qui ont écrit sur le droit naturel, tels que Puffendorf, Thomasius, Heineccius, etc., et dans ceux qui ont écrit sur

(1) Avis du conseil d'état, approuvé le 18 août 1807.
(2) *Voy.* Bouhier, Observ. 2, n°s. 43 et suiv.
(3) Treizième mercuriale, tom. 1, pag. 157.

le titre du digeste *de Legibus*. En voici quelques-unes tirées du titre préliminaire que M. Portalis avait mis en tête du projet de Code, et qui, malgré l'utilité et la justesse reconnues de ses maximes fut supprimé, parce que, dit-on, tout ce qui est de doctrine appartient à l'enseignement du droit et aux livres des jurisconsultes :

« Quand la loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit ; et dans l'application d'une loi obscure, on doit préférer le sens le plus naturel et celui qui est le moins défectueux dans l'exécution.

» Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut en combiner et en réunir toutes les dispositions.

» La présomption du juge ne doit pas être mise à la place de la présomption de la loi.

» Il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue point, et les exceptions qui ne sont point dans la loi ne doivent pas être suppléées.

» L'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue. Les objets qui sont d'un ordre différent, ne peuvent être décidés par les mêmes lois. On ne doit raisonner, d'un cas à un autre, que lorsqu'il y a motif de décider.

» Lorsque par la crainte de quelque fraude, la loi déclare nuls certains actes, ses dispositions ne peuvent être éludées sur le fondement que l'on aurait apporté la preuve que ces actes ne sont point frauduleux (1).

» La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans la vue d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive (2).

(1) Art. 1352 du Code. Nous en avons un exemple dans un testament qui ne fait pas mention expresse qu'il a été écrit de la main du notaire. On ne peut prouver par la représentation de la minute, qu'elle est écrite de sa main.

(2) Heinecc. *in Puffendorf*, *lib.* 1, *cap.* 17, §. 9. Thomasius s'est attaché à le prouver, *ex professo*. *Voy.* aussi Barbeyrac, sur Puffendorf. Devoirs de l'homme et du citoyen, liv. 1, chap. 17, §. 9.

SECTION XI.

De l'abrogation des Lois.

SOMMAIRE.

151. Différence entre l'abrogation et la dérogation. Exemple de dérogation au Code.
152. L'abrogation est expresse ou tacite.
153. Abrogation tacite par la cessation entière des motifs de la loi.
154. Comment il faut appliquer la maxime *Posteriora derogant prioribus.*
155. La dérogation tacite ne s'étend qu'aux dispositions entre lesquelles il y a contrariété formelle.
156. Les autres dispositions de la loi ancienne continuent d'être obligatoires, et sont sous-entendues dans la nouvelle.
157. Ce principe est sans application aux lois abrogées expressément et en totalité.
158. Force de l'usage pour interpréter, suppléer ou abroger les lois, et ce qu'on entend par l'usage.
159. Ce qu'il faut pour établir l'usage, et d'où il tire sa force.
160. Est le meilleur interprète des lois.
161. Il supplée à leur silence.
162. Il peut les abroger.
163. Pourvu qu'il soit établi dans la généralité de l'état pour lequel la loi a été faite.
164. Néanmoins, la violation d'un usage reçu n'est pas un motif pour casser un jugement.
165. Les usages abusifs ne peuvent jamais l'emporter sur la loi.

151. L'abrogation d'une loi est l'acte par lequel elle est détruite et anéantie.

On peut abroger la loi ou seulement y déroger; on l'abroge lorsqu'elle est anéantie en totalité; on y déroge lorsqu'une partie seulement est abrogée. *Derogatur legi, cùm pars detrahitur, abrogatur legi, cùm prorsùs tollitur* (1).

Nous avons un exemple de dérogation au Code civil, dans la loi du 3 septembre 1807, qui porte que l'intérêt conventionnel de l'argent, en matière civile, ne pourra excéder 5 pour cent, et en matière de commerce, 6 pour cent sans retenue; au lieu que, suivant l'article 1907 du Code, le taux de l'intérêt conventionnel pouvait excéder celui de la loi, et ne dépendait que de la stipulation.

(1) *L.* 102, *ff. de V. S. Lex rogatur dum fertur : abrogatur dum tollitur : derogatur eidem, dùm quoddam caput ejus aboletur : subrogatur dùm aliquid adjicitur : obrogatur denique quoties aliquid in eâ mutatur. Ulp. fragm.* 1, 3; Heinecc. *Antiq. lib.* 1, *tit.* 2, §. 9.

On déroge aux lois, ou on les abroge par des lois nouvelles ou par l'usage.

152. L'abrogation est expresse ou tacite : elle est expresse quand elle est littéralement prononcée par la loi nouvelle, soit en termes généraux, lorsqu'une disposition finale abroge toutes lois contraires aux dispositions de la nouvelle loi, soit en termes particuliers, lorsqu'elle abroge nommément telles lois précédentes.

Elle est tacite quand la loi nouvelle renferme des dispositions contraires aux lois antérieures; sans exprimer qu'elle les abroge : c'est la maxime *Posteriora derogant prioribus* (1).

153. L'abrogation est encore tacite, lorsque l'ordre des choses pour lequel la loi avait été faite n'existe plus, et que par-là cessent les motifs qui l'avaient dictée. *Ratione legis omninò cessante, cessat lex* (2).

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé, par arrêt du 18 prairial an X, que la disposition de la loi du 18 février 1791, par laquelle il était défendu au tribunal de district, qui avait statué sur le rescindant d'une requête civile, de prononcer ensuite sur le rescisoire, sans y avoir été autorisé par les deux parties, n'était plus applicable aux tribunaux d'appel créés par la loi du 27 ventôse an VIII; et que ces tribunaux, aujourd'hui nommés Cours royales, pouvaient juger le rescisoire après le rescindant, parce que la loi du 8 février 1791 avait été « faite pour un ordre judiciaire, dans » lequel les tribunaux d'appel, et ceux qui étaient appe- » lés à connaître des requêtes civiles, devaient être déter- » minés par la volonté des parties, et choisis parmi plu- » sieurs tribunaux égaux entre eux. »

C'est encore sur ce principe que la même cour a décidé, par arrêt du 19 vendémiaire an XII (3) que, « dans l'or- » dre judiciaire actuel, il n'est plus nécessaire que des par- » ties qui compromettent sur leur différend, et qui, par » leur compromis, se réservent la faculté d'appeler, désignent » le tribunal qui devra connaître dudit appel, et que cette » disposition de la loi du 24 août 1790 n'est plus exécutable » depuis la loi de ventôse an VIII. »

154. Quant à la maxime *Posteriora derogant prioribus*, il faut en faire l'application avec discernement; car comme les

(1) Tirée de la loi 4, *ff. de Constit. princ.*
(2) Merlin, Questions de droit, v°. *Tribunal d'appel*, §. 3, Voet, *in tit. de Legib.*, n°. 43. Huberus, *in tit. Pandect. de Legibus*, n°. 9.
(3) *Voy.* Merlin, *ubi sup.*

lois ne doivent point être changées, modifiées ou abrogées, sans de grandes considérations, et pour ainsi dire sans nécessité, l'abrogation des lois anciennes par les nouvelles ne doit pas se présumer; il faut qu'il y ait contrariété formelle entre les deux lois, pour que la nouvelle soit censée abroger implicitement l'ancienne.

155. Les lois peuvent n'être contraires que dans quelques points seulement, et ce n'est que dans ces points que la nouvelle loi déroge aux anciennes. Le silence qu'elle garde sur les autres dispositions de l'ancienne loi, n'est ni une abrogation, ni une dérogation, et ne doit pas empêcher d'observer ces dispositions, lorsqu'elles ne sont pas incompatibles avec la nouvelle loi; le silence ne peut être considéré comme une abrogation.

156. C'est même un principe consacré par le droit romain et par la jurisprudence de la Cour de cassation, que les dispositions des lois antérieures, non contraires aux lois postérieures, sont censées se retrouver dans celles-ci, et y être sous-entendues. *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint* (1).

Ces principes ont été constamment suivis par la Cour de cassation : on peut en voir l'application dans les espèces de plusieurs arrêts, et notamment dans les arrêts rendus les 11 floréal an IX, 10 brumaire an XII, et 24 avril 1809 (2).

Dans l'espèce de ce dernier, il s'agissait de savoir si les notaires sont obligés de faire viser leurs répertoires par le receveur de l'enregistrement. La loi du 22 frimaire an VII leur impose cette obligation; et elle exige en outre que ces répertoires soient cotés et paraphés par le juge de paix. (Voyez articles 51 et 53.)

Mais l'article 30 de la loi du 23 ventôse an XI, *sur l'organisation du notariat*, ordonne que les répertoires des notaires seront visés par le président du tribunal civil de leur résidence; et l'article 69 porte que la loi du 6 octobre 1791, *et toutes autres* sont abrogées *en ce qu'elles ont de contraire à la présente.*

On prétendit que cette loi avait introduit un nouveau système sur la régularité des répertoires des notaires, c'est-

(1) *L.* 28, *ff. de Legibus.* Merlin, Questions de droit, au mot *Douanes*, §. 5, pag. 48, prem. édit.

(2) *Voy.* l'espèce et les motifs des deux premiers, dans les Questions de droit de Merlin, le 1er., v°. *Douanes*, §. 5, tom. IV, pag. 40, première édit.; et le 2e., *Huissiers des juges de paix*, §. 2, tom. V, pag. 135 et suiv. : le 3e. est rapporté par Sirey, an 1809, 1re. part., pag. 222 et 223.

à-dire, sur l'obligation de les faire coter, parapher et *viser* et que par conséquent elle dérogeait en ce point à la loi du 22 frimaire an VII. Mais s'il y a contrariété formelle entre la disposition de la loi du 22 frimaire an VII, qui dit que les répertoires seront visés par le juge de paix, et celle de la loi du 25 ventôse an XI, qui confie au président du tribunal la fonction de viser les mêmes répertoires, il est évident qu'il n'y a aucune contrariété à l'égard de l'obligation de faire en outre viser les répertoires par le receveur de l'enregistrement, dont le visa est distinct de celui du juge, et a un autre objet. On ne devait donc pas étendre la dérogation d'une disposition à l'autre, puisqu'elles ne sont pas incompatibles. Il en résulte que les dispositions de la loi du 22 frimaire an VII sont sous-entendues dans celles de la loi du 25 ventôse an XI, et qu'elles continuent d'être obligatoires. C'est ainsi que le décida la Cour de cassation.

157. Ce principe, que la loi ancienne n'est abrogée par la nouvelle que lorsqu'il y a contrariété formelle entre l'une et l'autre, et seulement quant aux dispositions qui sont incompatibles, mais que celles qui ne le sont pas continuent d'être obligatoires, ne s'applique qu'aux lois qui ne sont abrogées que tacitement, et seulement *en ce qu'elles ont de contraire* à la nouvelle loi.

Il est sans application aux lois qui sont abrogées expressément en totalité : par exemple, la loi du 30 ventôse an XII, sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français, porte, art. 7 : « qu'à compter » du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les » ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, » les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois » composant le présent Code. »

L'article 1041 du Code de procédure abroge aussi expressément et en totalité, « toutes lois, coutumes, usages et rè» glements relatifs à la procédure. »

Ainsi les dispositions du droit romain, des ordonnances, des coutumes, de l'ordonnance de 1667, sur les points même où elles n'ont rien de contraire au Code, ne sont plus des règles obligatoires. Obligés de juger, sans pouvoir s'en dispenser, sous prétexte du silence ou de l'insuffisance de la loi, les juges peuvent seulement chercher dans les lois romaines, dans nos coutumes et dans nos anciennes ordonnances, des lumières pour décider les espèces qui n'ont pas été

prévues par les lois actuelles. Car les lois et les coutumes anciennes, lorsqu'elles sont fondées en raison, sont le supplément naturel des lois nouvelles; et en les prenant pour guides, le juge intègre met sa conscience à l'abri du remords et du danger de s'abandonner à sa propre raison. *Optima lex quæ minimùm relinquit arbitrio judicis, optimus judex qui minimùm sibi* (1).

158. L'usage ou la coutume a aussi beaucoup de force, soit pour interpréter la loi, soit pour ajouter à ses dispositions; soit pour les corriger ou les abroger.

L'usage et la coutume étaient deux mots synonymes chez les Romains. On les trouve réunis dans la loi 2, *cod. Quæ sit longa consuet. Consuetudinis usûsque longævi non vilis auctoritas est.*

Avant la révolution on distinguait en France les coutumes et les usages. On appelait *coutumes* les règles introduites par les mœurs des peuples, et que l'autorité législative avait fait rédiger par écrit; et *usages* celles dont il n'existait point de rédaction ordonnée ou approuvée par le souverain.

C'était la manière habituelle d'agir dans les affaires et de les juger, *quod in regione frequentatur :* tout ce qui se pratique d'ordinaire dans un pays, par rapport aux différentes affaires qui se traitent parmi les hommes (2).

Les anciennes coutumes rédigées par écrit étant abrogées, il ne peut plus être question que des usages non écrits.

159. Pour établir un usage, cinq choses sont nécessaires : il faut qu'il soit uniforme, public, multiplié, observé par la généralité des habitants, réitéré pendant un long espace de temps.

C'est alors seulement que les usages forment un droit non écrit. *Sine scripto jus venit quod usus approbavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* (3).

C'est aux juges de décider, par le nombre et la qualité des actes, si l'usage est établi, si la coutume est acquise, si elle est prouvée, s'il s'est écoulé un temps assez long pour que le public et le législateur en aient eu connaissance. L'établissement de l'usage dépend donc des faits et des circonstances (4). Il n'est pas possible de donner sur ce point des règles cer-

(1) Bacon, *de Augm. Scient. lib.* 8, *c.* 3, *de Just. univ. aphor.* 4, 6.
(2) Bouhier, sur Bourgogne, observ. 13, n°. 34.
(3) *Inst. de Jure nat.*, §. 9.
(4) *Voy.* Dunod, des Prescriptions, part. 1, ch. 13. Bouhier, sur Bourgogne, observ. 13, n°. 39 et suiv.

taines et invariables. On le prouve ordinairement par l'autorité des choses jugées, *rerum perpetuò similiter judicatarum*, *L.* 38, *ff. de Leg.*; par le témoignage des magistrats, des jurisconsultes, des avocats et des praticiens.

L'usage tire sa force du consentement tacite ou présumé du peuple et du législateur. La loi ne pouvant être établie que par la volonté du souverain, ne peut aussi être abrogée que par sa volonté; mais cette volonté peut être expresse, ou tacite et présumée; que ce soit par des paroles ou par une longue suite de faits qu'il manifeste sa volonté, peu importe: lorsqu'un usage est public, uniforme, général et réitéré pendant un long espace de temps sans réclamation, sans que les personnes intéressées se soient pourvues pour le faire réformer, sans que le ministère public ni les autres agents du gouvernement l'aient fait proscrire (1), il devient l'expression tacite de la volonté de tous et acquiert force de loi (2).

160. L'usage ainsi formé peut interpréter la loi, ajouter à ses dispositions ou les abroger.

La loi n'a pas de meilleur interprète que l'usage. Ainsi, lorsqu'il s'élève des doutes sur le sens d'une loi, l'usage doit être consulté, et la manière dont la loi a toujours été exécutée, en est le plus sûr interprète (3).

161. Lorsque la loi écrite est muette, c'est encore à l'usage qu'il faut recourir pour suppléer à son silence (4). Et nous avons vu que le Code civil renvoie souvent aux usages locaux.

162. Enfin l'usage, quand il est général, peut abroger la

(1) C'est pour empêcher les usages contraires à la loi de s'établir, que le procureur-général du Roi près la Cour de cassation est investi du droit de requérir l'annulation des arrêts, dans l'intérêt de la loi, même après le délai accordé aux parties pour se pourvoir en cassation. Il en existe une foule d'exemples.

(2) *Inveterata consuetudo pro lege non immeritò custoditur : et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum. Nam cùm ipsæ leges nullâ aliâ ex causâ nos teneant, quàm quod judicio populi receptæ sunt : meritò et ea quæ sinè ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissimè etiam illud receptum est, ut leges non solùm suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. L.* 32, §. 32, *ff. de Legibus.*

(3) *LL.* 37 *et* 38, *ff. de Leg.*, Voet, *ibid.* 19.

(4) C'est ainsi que, par arrêt du 28 octobre 1808, la Cour d'appel de Paris a confirmé une ordonnance rendue par le président du tribunal civil de Meaux, qui avait jugé que c'est à la veuve commune en biens à choisir le notaire pour faire l'inventaire du mobilier de la succession, parce que tel était de toute ancienneté l'usage du Châtelet et du Parlement de Paris, usage auquel les lois nouvelles n'ont point dérogé. *Voy.* Sirey, Décisions diverses, an 1809, pag. 58.

loi; et nous suivons sur ce point la doctrine de la loi 32, §. 1, *ff. de Leg.* (1), parce qu'elle est fondée sur la raison.

« Toutes les lois sont sujettes à tomber en désuétude, dit » l'illustre chancelier d'Aguesseau (2). Et il est bien certain » que quand cela est arrivé, on ne peut plus tirer un moyen » de cassation, d'une loi qui a été abrogée tacitement par un » usage contraire...... Il ne faut pas oublier cette règle du » droit romain : *Inveterata consuetudo pro lege non immeritò* » *custoditur.* »

Cette règle est également suivie sous l'empire de notre nouvelle législation, ainsi que l'a plusieurs fois décidé la Cour de cassation (3).

163. Mais pour qu'une loi générale puisse être envisagée comme étant tombée en désuétude par le non usage, il est nécessaire d'établir ce non usage, dans la généralité de l'état pour lequel la loi a été faite : un usage local et particulier n'aurait pas la force d'abroger une loi générale, même dans le lieu où cet usage serait établi. C'est encore ce qu'a plusieurs fois décidé la Cour de cassation.

164. Mais il faut remarquer que, si la Cour de cassation a maintenu des arrêts contraires à la loi, parce qu'ils étaient conformes à l'usage universel de France, elle en a maintenu d'autres qui étaient contraires à l'usage universel, parce qu'ils étaient conformes à la loi, et qu'on ne peut pas casser un jugement par la seule raison qu'il viole un usage reçu (4).

165. Il faut encore remarquer que les usages abusifs qui blessent les mœurs, la décence, la sûreté publique ou l'ordre public, qui préjudicient de quelque manière que ce soit à la société, ou qui, sans être nuisibles, sont déraisonnables ou absurdes, ne peuvent en aucun temps l'emporter sur la loi. Le pouvoir de l'usage ne s'étend qu'aux choses indifférentes à l'ordre public, et contre lesquelles la raison ne réclame pas.

Les lois contre lesquelles elle réclame tombent plus facilement

(1) La loi 2. *Cod. quæ sit longa consuetudo*, paraît contraire : « *Consuetudinis* » *usûsque longævi non vilis auctoritas est, verùm non usque adeò sui valitura* » *momento ut rationem vincat aut legem.* » Les interprètes ont donné différentes conciliations de ces lois. *Voy.* le Répertoire de Jurisprud. au mot *Usage*. Merlin, Questions de droit, v°. *Oppositions aux jugements par défaut*, §. 7, tom. VI, pag. 424 et 426 de la prem. édit. Il pense que la meilleure conciliation est que la loi 2. *Cod. quæ sit longa consuet.*, parle des usages qui ne sont pas généraux.

(2) Tom. IX, pag. 446. Lettre du 29 octobre 1736.

(3) *Voy.* le Nouveau Répert., v°. *Appel*, section I, §. 5, pag. 244. Merlin, Questions de droit, tom. III, pag. 546; tom. VI, pag. 427 à 428; tom. VII, pag. 185; tom. VIII, pag. 238 et 298, première édition.

(4) *Voy.* Questions de droit, tom. III, pag. 546 et suiv., v°. *Divorce*.

en désuétude. Le chancelier d'Aguesseau observait à ce sujet, dans sa lettre du 4 septembre 1742 (1), qu'il y avait bien des choses conservées dans la rédaction ou dans la réformation des coutumes, qui ne doivent plus tirer à conséquence, depuis que la législation s'est perfectionnée, et qui sont censées suffisamment abrogées par l'esprit général des lois, et par l'usage commun du royaume, qui en est le plus sûr interprète.

(1) Tom. VIII, pag. 152.

LIVRE PREMIER.

Des personnes en général.

INTRODUCTION.

SOMMAIRE.

166. Division des objets de la jurisprudence, et quels sont ceux dont traite le Code civil.
167. Droits des personnes, droits des choses.
168. Qu'est-ce qu'une personne?
169. Origine et signification propre du mot *état*.
170. Acception du mot *état*, suivant la doctrine de d'Aguesseau.
171. Trois qualités forment l'état de tous les hommes.
172. En quoi elles consistent.
173. Elles rendent capable ou incapable de participer à l'état public ou privé.
174. Définition de l'état public, suivant d'Aguesseau.
175. Définition de l'état particulier.
176. Doctrine des jurisconsultes romains sur l'état des personnes, relativement aux droits de liberté, de cité et d'agnation.
177. D'où provenaient trois sortes de changement d'état.
178. Cette doctrine peu utile dans le droit français.
179. Ce qu'on appelle *questions d'état* dans les tribunaux.
180. Le sens du mot *état* est plus étendu quand on traite du droit des personnes en général.
181. Le même individu peut être une personne dans l'ordre public, et non dans l'ordre privé.
182. Un seul peut représenter plusieurs personnes, et plusieurs n'en faire qu'une seule.
183. Il y a des personnes qui ne meurent point; la personne survit à l'individu.
184. L'individu survit à la personne.
185. Division des personnes en publiques et privées.

166. Les jurisconsultes divisent les objets de la jurisprudence en trois grandes classes : les personnes, les choses et les actions.

Omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.

Les actions sont l'objet de deux Codes particuliers : les Codes de procédure civile et criminelle. Il faut à tous ces Codes ajouter le Code pénal ou le Code des délits et des peines, qui en est le

complément, en ce qu'il renferme la sanction générale de toutes les lois.

Le Code civil ne s'occupe que des personnes et des biens, ou des choses.

Le premier livre traite des personnes.

Le second, des biens et des différentes modifications de la propriété. C'est ce que les jurisconsultes romains appellent les choses, *res*.

Le troisième livre, des différentes manières d'acquérir la propriété ou de la perdre.

167. Les lois sont faites pour les personnes, puisqu'elles sont une règle d'action, et que les personnes seules peuvent agir. *Omne jus personarum causâ constitutum est. L. 2, ff. de Stat. hom.*

Mais il y a des droits particulièrement attachés aux personnes, tels que la liberté individuelle, la qualité de citoyen, la légitimité, le droit de puissance paternelle, etc.

Il en est d'autres que les hommes peuvent acquérir sur les objets extérieurs ou sur les choses, et qui sont inhérents à ces objets, tels que la propriété et ses différentes modifications.

Les droits de la première espèce sont appelés droits des personnes; ceux de la seconde, droits des choses.

Il est naturel de s'occuper d'abord des personnes pour lesquelles les lois ont été faites. Il importerait assez peu de connaître les lois, si on ne connaissait pas les personnes pour qui elles sont établies (1).

168. Avant de chercher quels sont les droits des personnes, il faut savoir ce que c'est qu'une personne, et combien d'espèces de personnes on distingue. En jurisprudence, un homme et une personne ne sont point des termes synonymes.

Un homme est tout être humain, soit qu'il soit ou non membre de la société, quel que soit le rang qu'il y tienne, quel que soit son âge, son sexe, etc.

Une personne est un homme considéré suivant l'état qu'il tient dans la société, avec tous les droits que lui donne la place qu'il y remplit, et les devoirs qu'elle lui impose; ainsi quand on parle du droit des personnes, on ne considère dans l'homme que son état, que le personnage qu'il joue dans la société, abstraction faite de l'individu.

Le mot *personne*, dans son sens primitif et naturel, signifie le masque dont se couvraient la tête, les acteurs qui jouaient des pièces dramatiques à Rome et dans la Grèce. Ces pièces

(1) *Parum est enim jus nosse, si personæ quarum causâ constitutum est ignorentur. Inst. de jur. nat.*, §. 12.

étaient jouées dans des places publiques, et ensuite dans des amphithéâtres si vastes, qu'il était impossible que la voix d'un homme se fît entendre de tous les spectateurs : on eut recours à l'art. On imagina d'envelopper la tête de chaque acteur d'un masque dont la figure représentait le rôle qu'il jouait, et qui était faite de manière que l'ouverture par où se faisait l'émission de la voix en rendait les sons plus clairs, plus résonnants, *vox personabat*; de là le nom de *persona* donné à l'instrument ou masque qui facilitait le retentissement de la voix.

Le même mot de *persona* fut ensuite appliqué au rôle même dont l'acteur était chargé, parce que la face du masque était adaptée à l'âge et au caractère de celui qui était censé parler, et que quelquefois c'était son portrait même.

C'est dans ce dernier sens de personnage ou de rôle, que le mot *persona* est employé en jurisprudence, par opposition au mot homme, *homo*. Quand on dit une personne, on ne considère que l'état de l'homme, que le rôle qu'il joue dans la société, abstraction faite de l'individu. État et personne sont donc deux termes corrélatifs.

169. Ce mot *état* a diverses acceptions en jurisprudence. Si l'on remonte à son origine, on trouve qu'il vient du latin *status*, et qu'il dérive du verbe *stare*, *sto*, d'où l'on a fait *statio*, qui signifie le lieu où une personne se tient, *stat*, pour remplir les fonctions dont elle est chargée (1).

Et *status*, qui exprime la condition de la personne, la qualité à raison de laquelle elle a des droits et des devoirs particuliers.

Ce sont ces droits et ces devoirs, attachés aux différents états de la vie civile, qui établissent entre les personnes des distinctions fondées, les unes sur la nature, les autres sur la loi civile et sur lesquelles on peut établir la division des personnes, afin de mettre plus d'ordre dans l'explication de leurs droits.

170. Mais auparavant il faut approfondir les différentes acceptions du mot *état*, que d'Aguesseau reproche aux jurisconsultes romains de n'avoir pas défini.

Quoique tous les hommes soient sortis égaux des mains de la nature, elle a néanmoins établi entre eux des différences marquées. C'est d'elle que vient la distinction des sexes, des impubères, des pères et des enfants, etc.

Le droit civil, c'est-à-dire, le droit particulier de chaque nation, ajoute à ces qualités naturelles des distinctions pure-

(1) *Locus ubi quis obeundi muneris causâ se sistit.* Hotman, *Comm. verbo jur. tom.* 1. *Op.*, *pag.* 930.

ment civiles et arbitraires, fondées sur les mœurs de chaque peuple, ou sur la volonté du législateur.

Telles sont les différences que les lois civiles ont établies entre les citoyens et les étrangers, les magistrats et les sujets; celles qui existaient entre les libres et les esclaves, les nobles et les plébéiens : différences dont les unes sont inconnues, et les autres contraires au droit naturel.

Quoique ces dernières distinctions soient plus assujetties au pouvoir du droit civil, parce qu'elles sont entièrement son ouvrage, il étend néanmoins son autorité sur les qualités naturelles, non pour les détruire ou pour les affaiblir, mais pour les confirmer et les rendre plus inviolables par des règles et par des maximes certaines.

Cette réunion du droit civil avec le droit naturel, forme entre les hommes une troisième espèce de différences que l'on peut appeler mixtes, parce qu'elles participent de l'un et de l'autre droit, et qu'elles doivent leur principe à la nature, et leur perfection à la loi.

Par exemple, la minorité ou les priviléges qui lui sont attachés, ont leur fondement dans le droit naturel; mais le terme de cet âge et la durée de ces prérogatives, sont déterminés par les lois civiles.

171. On peut donc distinguer trois sortes de qualités différentes, qui forment l'état de tous les hommes.

Celles qui sont purement naturelles: celles qui sont purement civiles; celles qui sont mixtes, composées du droit naturel et du droit civil.

172. Mais en quoi consistent précisément ces qualités personnelles, dont l'origine se trouve dans la nature et dans le droit civil, et qui forment l'état de chaque personne en particulier ?

173. Si l'on examine les qualités qui font la matière des questions d'état, on trouvera qu'elles ont un rapport nécessaire et essentiel au droit public, ou au droit privé ou particulier, et qu'elles sont appelées *qualités d'états, distinctions d'états,* parce qu'elles rendent ceux qui les ont, capables ou incapables de participer à l'état public ou à l'état particulier. Pour commencer par le droit public, c'est par exemple une question d'état de savoir, si un homme est libre ou esclave, citoyen ou étranger, parce que s'il est libre ou citoyen, il est capable de rendre service à sa patrie dans toutes les charges publiques; si au contraire il est esclave ou étranger, il est exclu par l'une ou l'autre de ces qualités de toutes les fonc-

tions qui regardent le droit public, et de tous les avantages que la loi n'accorde qu'à ceux qui en ont la participation.

Il en est de même à l'égard du droit particulier. Comme il se réduit uniquement à régler les engagements et les successions, il faut aussi que les qualités, qui déterminent l'état particulier, aient un rapport certain avec les engagements et les successions, et qu'elles rendent les hommes capables ou incapables de certains engagements en général, et de certaines successions en général, ou même de toutes sortes d'engagements et de successions.

Ainsi la qualité de majeur rend un homme capable de toutes sortes d'obligations; celle de mineur au contraire le rend incapable d'en contracter plusieurs. Ces qualités doivent donc être mises au nombre de celles qui déterminent l'état.

La qualité d'enfant légitime ou d'enfant naturel rend capable ou incapable de recueillir des successions; c'est donc encore une qualité qui constitue l'état.

C'est d'après ces principes que d'Aguesseau (1) donne les définitions suivantes, de l'état public et de l'état particulier.

174. L'état public consiste dans une capacité fondée sur la nature ou sur la loi, ou sur toutes les deux, de participer aux charges, aux honneurs et aux autres prérogatives, qui sont accordées à ceux que l'on considère comme membres de la république.

175. L'état particulier est une qualité que la convention seule ne peut établir, mais qui est imprimée par le droit naturel ou par le droit civil, ou par tous les deux, et qui rend ceux qui en sont revêtus capables ou incapables de tous les engagements d'une certaine espèce, ou même de toutes sortes d'engagements, ou qui les rend capables ou incapables de recueillir certaines successions, ou même toutes sortes de successions.

176. Les jurisconsultes romains donnent au mot *état* diverses acceptions. Lorsqu'ils parlent *de capitis diminutione*, ils n'entendent par le mot *état* que les trois qualités de libre, de citoyen ou d'agnat. *Libertas, civitas et familia.*

L'agnation est la parenté qui procède de mâle en mâle. *Agnati sunt qui per virilis sexûs personas cognatione juncti sunt. L. 7, ff. de Legit. tut.*

Ils appellent le changement qui arrive dans l'un de ces trois états, ou la perte d'une de ces trois qualités, *capitis diminu-*

(1) Tome v, page 426.

tio; parce que toutes les fois qu'un citoyen perdait la liberté, et par conséquent le droit de cité, ou seulement le droit de cité, le nombre des citoyens était diminué d'une tête. Son nom était rayé de la liste du cens ou du tableau des citoyens. *E tabulis censualibus*.

De même lorsqu'un citoyen perdait les droits d'agnation en sortant de la famille, soit par l'arrogation, soit dans l'ancien droit par l'émancipation, la famille perdait une tête, *capite minuebatur*.

Ainsi ces mots, *capitis diminutio*, s'appliquaient dans le sens propre à la cité ou à la famille qui perdait un membre. Dans la suite les jurisconsultes les appliquèrent à la personne même, en prenant le mot *caput*, *pro jure capitis*, pour les droits attachés à la personne ou à la tête, et lorsqu'une personne éprouvait un changement dans l'un de ces trois états, *de liberté*, *de cité*, *d'agnation* ou de famille, ils disaient qu'elle avait éprouvé *capitis diminutionem*, CAPITE MINUTAM ESSE.

177. Ce changement était de trois espèces, MAXIMA, MEDIA, MINIMA *capitis diminutio*.

Maxima, lorsqu'une personne réduite à l'esclavage perdait la liberté et les droits de cité en même temps. *Libertatem et civitatem*.

Media, lorsqu'elle ne perdait que les droits de cité, sans être réduite à l'état d'esclavage.

Minima, lorsqu'elle sortait d'une famille pour devenir chef d'une nouvelle famille; ce qui arrivait dans l'ancien droit romain par l'émancipation, et lorsqu'elle passait d'une famille dans une autre par l'arrogation, etc.

Dans cette acception du mot *état*, un sénateur qui était chassé du sénat, un chevalier qui était remis dans l'ordre plébéien, n'éprouvaient point de changement d'état, *capite non minuebantur*, parce qu'ils conservaient la liberté, les droits de cité et ceux de famille.

178. Cette doctrine des jurisconsultes romains est nécessaire pour faciliter l'intelligence des lois du Digeste et du Code: mais elle est peu utile dans notre jurisprudence française : on peut seulement remarquer que celui qui perd la qualité de Français, suivant les dispositions des art. 17 et 21 du Code, éprouve véritablement *mediam capitis diminutionem*, dans le sens des jurisconsultes romains.

179. Quant aux définitions de d'Aguesseau, qui fait consister l'état dans la capacité civile, c'est-à-dire, dans l'ha-

bilité à jouir, dans un pays ou dans une famille, de tous les droits propres aux citoyens et aux membres de la famille, c'est dans ce sens qu'on l'emploie communément dans les tribunaux, quand on parle de questions d'état, et lorsqu'il s'agit de savoir si tel individu, par exemple, est enfant naturel ou légitime, citoyen ou étranger, mari ou femme, etc.

180. Mais quand on traite du droit des personnes en général, on étend l'acception du mot *état* à toutes les qualités qui introduisent des différences dans les droits de la personne (1). Dans ce sens les changements d'état sont en très-grand nombre.

1°. Le plus considérable est la mort civile, dont nous expliquerons la nature et les effets, chap. 2, sect. 2. Il y a même des différences notables entre les individus qui ont encouru la mort civile par la condamnation, soit à la mort naturelle, soit aux travaux forcés à perpétuité, soit à la déportation; car le déporté peut jouir de plusieurs droits civils dans le lieu de sa déportation, au lieu que celui qui est condamné aux travaux forcés à perpétuité, éprouve ce que les romains appelaient *maximam capitis diminutionem.* Il perd avec ses biens la liberté et les droits de cité, il est esclave de la peine, *servus pœnæ.* (Voyez les art. 17 et 18 du Code pénal.)

2°. La perte de la qualité de Français et des droits civils par l'abdication. C'est l'état de pérégrinité, *media capitis diminutio.* (Voyez ci-après, chap. 2, sect. 1.)

3°. La réclusion, la dégradation civique, opèrent des changements d'état.

4°. La privation en tout ou en partie de l'exercice des droits civiques, civils ou de famille, en conformité de l'article 42 du Code pénal, opère aussi un changement d'état.

5°. L'interdit, celui qui est soumis à un conseil judiciaire, éprouve aussi un changement d'état.

6°. La fille qui se marie éprouve un changement d'état; elle retombe sous la puissance d'autrui. Elle est frappée d'incapacité pour faire, sans l'autorisation de son mari, la plupart des actes de la vie civile; *capite minuitur*, dit Dumoulin (2). La dissolution du mariage opère un changement

(1) Status *vox sumitur vel latè, vel strictè. Latè pro quâvis differentiâ secundùm quam jus variat. . . . strictè pro his tribus libertatis, civitatis, et familiæ. Voy.* Huber., *in Pandect., lib.* 1, *tit.* 5, §. 1.

(2) Anc. cout. de Paris, édit. de 1576, pag. 365.

d'état en faveur des femmes qu'elle dégage de l'autorité maritale.

7°. La faillite opère un changement d'état; elle exclut le failli des fonctions publiques, lorsqu'il ne s'est point libéré. Voyez la loi du 21 vendémiaire an III, rappelée dans le décret du 18 juin 1820.

8°. La cession de biens opère également un changement d'état. Elle rend celui qui a été admis à faire cession incapable de posséder aucune charge, ni d'exercer aucun des droits politiques attachés à la qualité de citoyen. (Voyez tome VII, n°. 266.)

181. Les personnes, en jurisprudence, sont des êtres moraux ou abstraits (1). Le même individu peut être une personne dans l'ordre public et n'en est pas une dans l'ordre privé. Par exemple, à Rome, le fils de famille qui était dans la puissance de son père, n'était point une *personne* par rapport au droit privé (2), mais il était une personne dans ses rapports au droit public.

Le même individu peut être dans l'ordre public, une personne supérieure à une personne dont il est l'inférieur dans l'ordre privé. Tel est encore le fils de famille devenu magistrat. Il commande à son père dans tout ce qui concerne les fonctions de la magistrature.

182. Le même individu peut représenter plusieurs personnes. Il peut être magistrat, père, mari et exercer tous les droits attachés à ces trois différentes personnes dans l'ordre public et dans l'ordre privé.

Au contraire, plusieurs individus peuvent ne constituer qu'une seule personne. Tels sont les corps politiques, appelés en droit *universitates*, *collegia*. Chaque commune, par exemple, forme un corps politique, qui n'est considéré que comme une seule personne. Il en est de même de tous les établissements publics.

183. Enfin, les personnes sont en jurisprudence tellement considérées, abstraction faite des individus, qu'il y a des personnes qui ne meurent point et qui continuent d'exister, quoique les individus qui les représentaient soient morts. Par exemple, le Roi, la première personne de l'état, ne meurt jamais.

(1) *Homo persona moralis est, quatenus spectatur tanquàm subjectum certarum obligationum atque jurium certorum.* Wolff, *Inst. jur. nat.*, §. 96.

(2) *L.* 9, *ff. de his qui sui vel. al. jur.*, Heinecc., *in Pand.*, *part.* 1, *n°.* 150, *Recit. in inst.*, §. 192. Bynkershoeck, *Obs. lib.* 1, *cap.* 18. Valer. Maxim., *lib.* 5, *cap.* 8, *n°.* 2; et *lib.* 2, *cap.* 2, *n°.* 4. Taylor, pag. 288.

Le magistrat ne meurt jamais (1).

Dans l'ordre privé, la personne du corps politique ne meurt jamais. Elle continue d'exister qurnd même il serait réduit à un seul individu quand même tous les individus qui la composaient d'abord seraient décédés et remplacés par d'autres ; c'est toujours la même personne (2), jusqu'à ce que le corps soit détruit par l'autorité qui lui avait donné l'existence.

184. La personne peut être morte, quoique l'individu qui la représentait soit vivant. Par exemple, lorsque le mariage était dissous par le divorce, le mari était mort, l'homme était vivant. Dans l'ordre public, toutes les fois qu'une dignité est supprimée, la personne du dignitaire est morte, l'individu est vivant.

Ainsi l'homme peut exister après la mort de la personne, et la personne après la mort de l'homme.

Après ces notions fondamentales sur la nature des personnes en général, il faut examiner chacune d'elles en particulier.

185. On peut considérer les personnes par rapport au droit public, ou par rapport au droit privé. Ainsi la première division des personnes est en personnes publiques et en personnes privées.

Les personnes publiques sont celles qui exercent une fonction publique, soit qu'elles participent ou non à l'exercice de la puissance publique.

Les personnes privées sont celles qui n'exercent aucunes fonctions publiques, mais qui ont des droits ou des devoirs particuliers.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes publiques.

186. Dans l'ordre public ou politique, le roi est la première personne de l'état, et la dernière est le simple citoyen qui ne participe à l'ordre public que par le droit de suffrage, qu'il exerce dans les assemblées électorales, par le droit d'être appelé comme membre du jury.

Ou si l'on veut, le simple citoyen est le premier degré de

(1) *Dignitas non moritur.* Altesserra *de Fact. juris*, pag. 79.
(2) *L.* 7, §. 2, *ff. quod cujusque univers.* Altesserra, *ibid.*, page 56. Aylifi., page 196.

la hiérarchie politique, le Roi en est le dernier. C'en est le le faîte, c'est le représentant héréditaire de la nation : on peut ranger les personnes publiques sous les classes suivantes :

1°. Le Roi ;

2°. Le famille royale ;

3°. La cour des pairs ;

4°. La chambre des députés ;

5°. La cour de cassation ;

6°. Les cours royales, les tribunaux de première instance et les juges de paix ;

7°. Les colléges électoraux ;

8°. Les préfets, sous-préfets, conseils de préfectures, maires, etc. Les conseils généraux de département et de commune ;

9°. L'armée de terre et de mer, l'état militaire, les tribunaux militaires, la légion-d'honneur.

10°. Les citoyens ;

11°. Le clergé ;

12°. Les corps enseignants, et les personnes chargées de l'instruction publique.

Nous ne faisons qu'indiquer ici le cadre et les principales divisions suivant lesquelles on peut traiter des droits et des devoirs des personnes publiques : ce traité doit être l'objet d'un ouvrage particulier qu'on ne peut entreprendre avant que toutes les lois organiques de la Charte aient paru.

SECTION II.

Des personnes privées.

SOMMAIRE.

187. Première différence, celle des sexes.
188. 2e. Celle de l'âge ; énumération des principales capacités et priviléges qui en résultent.
189. 3e Celle qui résulte de l'état de famille, mari et femme, père et enfant.
190. 4e. Celle des pubères et impubères.
191. 5e. Celle des citoyens et des étrangers.
192. 6e. Celle des libres et des esclaves.
193. 7e. Celles des nobles et des plébéiens, aujourd'hui réduite à un vain nom.
194. A parler proprement, il n'y a plus de noblesse que la pairie ; et les pairs sont pris indistinctement entre les nobles et les plébéiens.

187. La première différence établie par la nature entre les personnes, est celle des sexes. *Inter masculos et fœminas.*

La condition des femmes est, en beaucoup de points, moins avantageuse que celle des hommes (1).

La prérogative que la loi civile de presque toutes les nations donne au sexe masculin, a-t-elle quelque fondement dans la nature.

Il faut d'abord examiner et décider cette question entre le mari et la femme. Or, par le droit naturel, ce que le mariage permet d'empire appartient au mari plutôt qu'à la femme; l'égalité n'y peut être absolue : le mariage est une société entre deux personnes. Il est donc nécessaire que l'une des deux ait la voix décisive, quand l'unanimité ne se rencontre pas. Or, cette volonté prépondérante appartient au mari, que la nature a créé plus robuste et plus courageux. Il est le chef de la famille ; il doit travailler pour elle, la défendre et la protéger. La femme doit donc obéir à celui que la nature et la loi lui donnent pour protecteur.

De là les prérogatives que la loi civile donne à un sexe sur l'autre, au masculin sur le féminin. Elles prennent leur source non-seulement dans la différence physique, mais encore dans un instinct moral, qui veut que le mari soit certain qu'il est le père des enfants de sa femme. De là vient la réserve imposée aux femmes, resserrées aux soins purement domestiques, tandis que le mari veille aux affaires du dehors, culture, négoce, défense des biens communs, etc.

De là il s'ensuit que la femme ne peut contracter ni ester en jugement sans l'autorisation de son mari ; qu'elle ne peut être tutrice que de ses propres enfants, etc.

(1) *In multis juris nostri articulis deterior est conditio fœminarum quàm masculorum. L.* 9, *ff. de Stat. hom. Et ibi* Huberus.

Si l'on considère cette prérogative du sexe masculin sur le féminin dans l'ordre public, on trouve les femmes exclues en France de la couronne, de toutes les magistratures, de tous les offices publics (1), de tous les droits politiques, et même des fonctions civiles, telles que les fonctions d'avoués, de tuteurs, de témoins dans les actes civils (art. 37), dans les testaments (art. 980) et dans les actes entre vifs reçus par des notaires. Il est contraire à la décence qu'elles quittent leurs ménages pour se produire au dehors et se mêler aux assemblées des hommes.

Dans l'ordre privé, les femmes mariées sont exclues du gouvernement des affaires extérieures de la famille, parce qu'elles ne peuvent les suivre en jugement, ni contracter sans l'autorité de leurs maris.

Elles peuvent être choisies pour mandataires; mais le mandant n'a d'action contre les femmes qui ont accepté le mandat sans l'autorité de leurs maris, que d'après les règles établies au titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux.

Des femmes non mariées peuvent, lorsqu'il s'agit de leurs intérêts privés, disposer et contracter comme les hommes.

La contrainte par corps ne peut être prononcée contre les femmes, en matière civile, que dans le cas de stellionnat.

Elle n'a lieu contre celles qui sont mariées, que lorsqu'elles sont séparées de biens, ou lorsqu'elles ont des biens dont elles se sont réservé la libre administration, et à raison des engagements qui concernent ces biens.

Les femmes qui, étant en communauté, se seraient obligées conjointement ou solidairement avec leurs maris, ne peuvent être réputées stellionnataires, à raison de ces contrats.

188. La seconde différence établie entre les personnes, est celle de l'âge.

Les prérogatives accordées à l'âge prennent aussi leur source dans le droit naturel.

Rien ne maintient plus les mœurs qu'une extrême subordination des jeunes gens envers les vieillards (2). L'oubli des égards et de la déférence qu'on doit à la vieillesse, a toujours été considéré comme l'un des caractères les plus marqués de la dépravation.

D'un autre côté, la loi civile, qui ne peut suivre dans cha-

(1) *Fœminæ ab omnibus civilibus officiis remotæ sunt. L. 2, ff. de Reg. jur.*

(2) Esprit des lois, liv. 5, chap. 7.

que individu le développement de ses facultés, a fixé un âge avant lequel les personnes sont incapables de contracter ou de remplir certaines fonctions. L'âge fixé par la loi établit en leur faveur une présomption légale de capacité.

L'âge est donc une des qualités qui constituent, sous certains rapports, l'état civil des personnes.

La constitution de l'an VIII avait déterminé l'âge et les conditions auxquels on peut devenir citoyen. La charte n'en parle pas. Ce point important sera peut-être réglé par les lois organiques que notre bon monarque prépare dans sa sagesse.

A nombre égal de suffrages dans les assemblées électorales le plus âgé a la préférence (1).

Il faut avoir quarante ans accomplis au jour de l'élection pour être membre du corps législatif (2).

Il faut être âgé de vingt-cinq ans accomplis pour être juge ou suppléant du tribunal de première instance, ou procureur du roi.

De vingt-sept ans pour être président.

De vingt-deux ans pour être substitut du procureur du roi.

De vingt-sept ans pour être juge ou greffier dans une cour royale.

De trente ans pour être président ou procureur général.

De vingt-cinq ans pour être substitut du procureur-général (3).

Les présidents, maîtres ou greffiers de la cour des comptes doivent être âgés de trente ans, les référendaires de vingt-cinq (4).

Les juges de paix doivent avoir vingt-cinq ans (5).

Les juges des tribunaux de commerce doivent être âgés de trente ans, et les présidents de trente-cinq ans accomplis (6).

Les juges auditeurs dans les cours royales peuvent être chargés des enquêtes, des interrogatoires et autres actes d'instruction qui appartiennent au ministère des juges, et sup-

(1) Décret du 17 janvier 1806.
(2) Art. 38 de la Charte constitutionnelle.
(3) Art. 64 et 65 de la loi du 20 avril 1810.
(4) Art. 13, 15 et 45 du décret du 28 septembre 1807.
(5) Art. 3, titre 3 de la loi du 24 août 1790; et art. 2 de la loi du 27 ventôse an VIII. Cette dernière loi porte : « Il n'est rien innové aux lois concernant les » juges de paix. » Or, si la loi du 24 août 1790 exigeait qu'ils eussent 30 ans, les lois du 25 août, et 16 septembre 1791 et 19 octobre 1792, n'exigent plus que 25 ans.

(6) Art. 9, tit. 12 de la loi du 24 août 1790, et art. 2 de la loi du 27 ventôse an VIII.

pléer les procureurs-généraux, pourvu qu'ils aient atteint l'âge de vingt-deux ans accomplis.

Ils peuvent suppléer les juges lorsqu'ils ont atteint l'âge de trente ans, suivant le décret du 16 mars 1808, article 4; mais il suffit de vingt-sept ans, suivant la loi du 20 avril 1810, article 65.

Il faut être âgé de vingt-cinq ans accomplis pour être admis aux fonctions de notaire (1).

Et pour être témoin dans les actes de l'état civil (art. 36), ou témoin instrumentaire dans les actes entre-vifs ou testamentaires, il faut être majeur, c'est-à-dire âgé de vingt-un ans (2).

Pour remplir les fonctions de juré, il faut avoir trente ans accomplis (3).

On ne peut s'enrôler irrévocablement dans les armées avant dix-huit ans accomplis (4), sans le consentement de ses parents.

Il faut être majeur pour pouvoir aliéner ou hypothéquer ses immeubles.

Le mineur, âgé de seize ans, peut néanmoins disposer par testament de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904.)

L'homme avant dix-huit ans révolus, et la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage (art. 144).

A la majorité, fixée à vingt-un ans, toute personne est capable de tous les actes de la vie civile, sauf les actes respectueux exigés pour le mariage.

A l'âge de soixante-cinq ans, on peut s'excuser d'accepter une tutelle, et s'en faire décharger à soixante-dix (art. 433).

A soixante-dix ans, on n'est plus soumis à la contrainte par corps, si ce n'est pour cause de stellionnat (art. 2066).

189. La troisième différence entre les personnes est celle qui résulte des rapports établis entre maris et femmes, pères, mères et enfants. C'est l'état de famille d'où dérive la parenté.

Les droits et les devoirs que ces rapports font naître, seront expliqués dans les titres du Code qui en traitent.

190. Il en sera de même de la quatrième différence entre les pubères et les impubères, les majeurs et les mineurs.

191. La cinquième différence établie par le droit civil,

(1) L. du 25 ventôse an XI, art. 25.
(2) Art. 9 de la même loi, art. 980 du Code.
(3) Art. 381 du Code d'instruction criminelle.
(4) Art. 6 de la loi du 19 fructidor an VI, art. 374 du Code.

entre les citoyens et les étrangers, sera expliquée avec l'article 11 du Code.

192. La sixième différence établie par le droit civil de quelques nations, mais contraire à la nature, est celle des hommes libres et des esclaves. Cette différence, proscrite en France depuis long-temps, a été conservée pour les colonies françaises dans les Deux-Indes.

193. La septième différence, également contraire à la nature, puisque tous les hommes naissent égaux, est celle des nobles et des non nobles ou plébéiens; différence qui, à vrai dire, ne consiste plus aujourd'hui que dans un vain nom.

194. En ne considérant que ce qu'elle était autrefois, il paraît évident qu'il n'y a plus actuellement en France de noblesse réelle que la pairie; ce grand corps politique, dont les membres, individuellement investis de plusieurs priviléges nullement onéreux pour le peuple, forment par leur réunion, sous le nom de chambre des pairs, une portion essentielle de la puissance législative.

Mais le Roi, qui nomme les pairs, peut les prendre et les a pris en effet sans distinction parmi les nobles et les plébéiens. Tous les Français sont égaux devant la loi, quels que soient leurs titres et leurs rangs. Ils sont également admissibles à tous les emplois, à toutes les dignités.

195. Les fiefs et le régime féodal avaient introduit en France une noblesse dont les membres avaient, jusque dans les derniers temps, conservé des priviléges très-onéreux pour les peuples, prérogatives injustes, très-humiliantes pour le reste de la nation. Le peuple français était alors divisé en trois *ordres*, le clergé, la noblesse et le tiers-état, le dernier des trois, quoiqu'il composât lui seul la presque totalité de la nation. Quand les états-généraux étaient assemblés, on votait par ordre et non par têtes; tous les membres de la noblesse avaient le droit d'assister individuellement aux états de la Bretagne, qu'on assemblait tous les deux ans.

Sous un pareil régime, les intérêts du peuple ou des plébéiens devaient être et étaient en effet toujours mal défendus.

La révolution a totalement changé cet ordre de choses. La noblesse féodale reçut d'abord un grand échec par les lois du 4 août 1789, qui abolirent tous les priviléges, le régime féodal, les juridictions seigneuriales ou patrimoniales, etc.

Qu'était-ce en effet qu'une noblesse sans privilége, après le rétablissement de l'égalité des droits entre tous les citoyens?

L'abolition des trois ordres, prononcée par le décret du 5 novembre 1789, sanctionné par le Roi, détruisit l'ancienne noblesse dans son essence, qui consistait principalement à former un corps politique, l'un des trois ordres de l'état : « *Il n'y a plus en France aucune distinction d'ordre.* » Ce sont les termes de cette loi, qui fut, ainsi que l'abolition des priviléges, répétée dans la constitution de 1791.

Dès-lors, on regarda la noblesse comme abolie. La loi du 15 mai 1790, titre II, article 2, en parle comme d'une institution surannée ; elle porte qu'à l'avenir toutes les successions se partageront également sans égard à l'ANCIENNE *qualité noble des biens et des personnes;* car il y avait alors des terres *nobles*, c'étaient les fiefs, comme il y avait des personnes nobles, c'étaient *anciennement* (1) ceux qui les possédaient.

Louis XVI lui-même sembla regarder la noblesse comme abolie, ou comme n'existant plus que de nom, après les décrets d'août et de novembre 1789, qu'il avait sanctionnés. Le 4 juin 1790, il fit écrire par le ministre de l'intérieur, M. de Saint-Priest, le billet suivant à M. Chérin, généalogiste de la cour : « Le Roi me charge, Monsieur, » de vous prévenir que Sa Majesté ne veut plus que vous » receviez les titres généalogiques, qu'il était d'usage de » vous remettre pour avoir l'honneur de lui être pré- » sentés. Vous voudrez bien vous conformer à cet ordre de » Sa Majesté. »

Enfin le décret du 19 juin 1790, sanctionné le 23, abolit jusqu'au nom de la noblesse : « La noblesse héréditaire

(1) « Nobles étaient jadis non-seulement les extraits de noble race....., mais » aussi ceux qui tenaient fiefs, et faisaient profession des armes, » dit Loisel, Règles du Droit français, liv. 1, tit. 1, nº. 9. D'autres pensent que les fiefs n'anoblissaient point; qu'ils *affranchissaient* seulement les roturiers qui les possédaient.

Mais leur opinion paraît si peu fondée, qu'on fut obligé de faire une loi pour empêcher à l'avenir l'anoblissement par la possession des fiefs. C'est l'art. 258 de l'ordonnance de Blois du mois de mai 1579 : « Les roturiers, et non » nobles, achetant fiefs nobles, *ne seront* pour ce anoblis, ne mis au rang et » degré de nobles, de quelque revenu et valeur que soient les fiefs par eux » acquis. »

Remarquez que cette loi ne statue que pour l'avenir : *ne seront;* parce qu'en effet les lois n'ont jamais eu d'effet rétroactif. Donc ceux qui possédaient des fiefs avant l'ordonnance de Blois demeurèrent nobles.

» est pour toujours abolie ; en conséquence les titres desduc, » de comte, de marquis, vidame, baron, chevalier, me sire, » écuyer, noble, et autres titres semblables ne seront pris par » qui que ce soit, ni donnés à personne. Aucun Français ne » pourra prendre que le vrai nom de sa famille.... ni avoir » d'armoirie, etc. (1). »

Ainsi, jusqu'au nom de la noblesse ancienne fut abolie pendant la révolution.

196. Après avoir érigé le gouvernement français en monarchie impériale, Bonaparte ne songea point à rétablir l'ancienne noblesse, il chercha seulement à s'attacher les anciennes familles, dont les membres briguaient l'honneur de le servir dans son palais.

Mais sous prétexte « d'honorer d'éclatants services par » d'éclatantes récompenses, et aussi pour empêcher, disait- » il, le retour de tout titre féodal, incompatible avec nos » institutions » (2), et enfin pour concourir à l'éclat du trône, il se fit autoriser par l'art. 5 du sénatus-consulte du 14 août 1806, à ériger et conférer des titres héréditaires transmissibles au fils aîné du titulaire, et à ses descendants en ligne directe de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, avec les biens qui formeraient la dotation du titre, et qui demeureraient ainsi substitués à perpétuité en faveur de l'aîné, parce que néanmoins ces titres ne conféreraient, à ceux en faveur de qui ils seraient érigés, aucun privilége relativement aux autres citoyens et à leurs propriétés (3).

Ce sont les dotations de ces titres qu'on a appelées des majorats. Tout ce qui les concerne fut réglé par un décret du 1er. mars 1808.

Telle est l'origine des titres de prince, duc, comte et baron, conférés par Bonaparte, et qui ne sont héréditaires qu'après l'érection en majorat des biens qui leur servent de dotation. Plusieurs membres de l'ancienne noblesse

(1) Un décret du 27 septembre 1791, sanctionné par le Roi, le 16 octobre suivant, défendit à tout citoyen français de prendre dans ses quittances, obligations, promesses, et généralement dans tous les actes quelconques, quelques-unes des qualifications supprimées par la constitution, sons peine d'être condamné par corps à une amende égale à six fois la valeur de sa contribution foncière, et d'être déclaré incapable d'occuper aucun emploi civil ou militaire.

(2) *Voy.* le discours qu'il prononça à l'ouverture de la session du corps législatif, le 16 août 1807.

(3) Art. 6 du sénatus-consulte du 14 août 1806; art. 74 du décret sur les majorats, du 1er. mars 1808.

abdiquèrent les titres qu'ils portaient autrefois, pour solliciter et recevoir des mains de l'empereur celui de comte ou de baron. Il est bien évident que tous ces titres honorifiques contenaient le germe d'une noblesse nouvelle, quoiqu'elle n'en portât pas encore le nom.

197. Tel était l'état des choses à l'époque de la restauration. Louis XVIII, dont la sagesse forme le caractère, pensa qu'on ne pouvait sans injustice ravir les titres et les honneurs, acquis par tant de services, à ces militaires illustres qui ont porté si haut la gloire de nos armes et du nom français. C'était un acte de justice; mais la même justice voulait que l'on rendît aux anciennes familles, qui avaient mérité des distinctions sous l'ancienne monarchie, les titres dont leurs membres avaient été dépouillés sans motifs.

La Charte a donc statué, art. 71, que *la noblesse ancienne reprend ses titres, et que la nouvelle conserve les siens.*

Elle ajoute que « le Roi fait des nobles à volonté; mais il » ne leur accorde que des rangs et des honneurs, sans aucune » exemption des charges et des devoirs de la société. »

Cette disposition était d'autant plus nécessaire à l'égard de l'ancienne noblesse, que la loi du 16 octobre 1791 défendait aux membres des familles anciennement nobles, sous des peines sévères, de prendre aucune des qualifications supprimées.

198. Mais remarquez qu'en permettant à l'ancienne noblesse de *reprendre ses titres*, la Charte lui défend d'en prendre de nouveaux. Les nobles ne peuvent donc *reprendre* que les titres ou qualifications qu'ils avaient réellement le droit de prendre, avant la suppression de la noblesse. S'ils en veulent d'autres, ils doivent les obtenir de Sa Majesté, en s'adressant à la commission du sceau, créée par ordonnance du 15 juillet 1814, pour procurer à tous les Français « les moyens de jouir des » avantages qui leur sont assurés par l'article 71 de la charte » contitutionnelle » (1).

Les personnes même attachées de plus près au service de Sa Majesté, ne peuvent changer à volonté les titres qu'elles avaient avant la suppression de la noblesse, ni en prendre qu'elles n'avaient pas. Nous avons vu M. Ferrand, ministre d'état, issu d'une ancienne famille noble, recevoir le titre de comte qu'il n'avait pas, par ordonnance du 27 septembre 1814.

199. Il est néanmoins vrai que nous voyons beaucoup de nobles, même de simples anoblis, prendre des titres qu'ils sont

(1) *Voy.* le préambule de l'ordonnance du 15 juillet 1814, imprimée à sa date dans le *Bulletin des Lois.*

jamais eu droit de porter, et qu'ils ne portaient point avant la révolution. Ce n'est pas aux particuliers de s'en plaindre ; car on peut remarquer, que si la Charte permet aux anciens nobles de *reprendre* leurs titres, elle n'ordonne pas aux autres citoyens de les leur donner : cette disposition est pleine de sagesse. S'il était enjoint aux citoyens de donner à la noblesse les titres qu'elle prend ou qu'elle reprend, ils auraient tous le droit de contester ces titres, jusqu'à la preuve contraire. Il en résulterait des procès sans nombre qui troubleraient la paix de la société.

Mais en n'enjoignant point aux citoyens de donner à la noblesse les titres qu'elle prend, soit qu'elle en ait le droit ou non, la loi leur interdit par cela même la faculté de s'en plaindre. Le ministère public a seul le droit de requérir sur ce point l'observation de la Charte. C'est à lui de réprimer les usurpations de faux titres, en faisant faire défense à ceux qui les usurpent de les prendre à l'avenir. Le ministère public devrait se rendre d'autant plus sévère sur ce point, que ceux qui usurpent des titres qui ne leur appartiennent point, tels que les titres de marquis, comte, vicomte et baron, fraudent les droits du sceau, en ne payant pas les droits de 6000, 4000, ou 3000 francs, fixés par l'ordonnance du 8 octobre 1814.

Les usurpateurs de titres s'exposeraient surtout à être poursuivis s'ils prenaient en justice des titres qu'ils n'ont pas le droit de porter.

220. Avant d'examiner quels sont les droits et les devoirs particuliers des différentes personnes, il convient d'examiner les droits des personnes en général, c'est-à-dire, les droits communs à tous les Français, à toutes les personnes, quelle que soit la place qu'elles occupent dans la société, quel que soit leur état ; ce qui nous conduit à l'explication du premier titre du Code civil, qui traite de la jouissance et de la privation des droits civils.

TITRE PREMIER.

De la jouissance et de la privation des droits civils.

INTRODUCTION.

Des droits de l'homme en général, et de l'etat civil.

SOMMAIRE.

201. Qu'est-ce que l'état civil?
202. Les hommes réunis dans l'état civil forment une cité.
203. Comment les hommes se sont réunis dans l'état civil; et ce qu'il faut penser du contrat social.
204. La Charte constitutionnelle est le contrat social des Français. Leurs droits civils sont réglés par des lois fixes.
205. Quels sont les droits civils? Il y en a de deux espèces.
206. On les divise en droits politiques et en droits civils.
207. Ces derniers sont absolus ou relatifs.
208. Pouvoir de la loi sur les droits absolus de l'homme.
209. Ils se réduisent à trois points principaux : sûreté, liberté, propriété.
210. Du droit de sûreté.
211. Du droit de liberté, qui consiste en trois points principaux; liberté de la personne et des actions, liberté de la pensée, liberté de conscience et du culte.
212. Liberté de la personne et des actions; son importance, les atteintes qu'on y porte, plus dangereuses que les atteintes portées au droit de sûreté.
213. Ancien abus des lettres de cachet. Réclamations des parlements et du vertueux Lamoignon.
214. Loi de 1791 pour assurer la liberté personnelle. Peines prononcées par les lois subséquentes contre les atteintes qu'on y porte.
215. L'art. 46 de la constitution de l'an VIII, permettait de détenir les personnes présumées complices d'une conspiration. La commission sénatoriale de la liberté individuelle était un vain remède contre l'abus de ces détentions.
216. Autre moyen d'éluder les lois protectrices de la liberté, en ne permettant pas de poursuivre les agents du gouvernement qui les avaient violées.
217. Décret du 3 mars 1810, par lequel, sans consulter le corps législatif, Bonaparte autorise son conseil privé à détenir les citoyens suspects dans les prisons, sans les traduire en justice.
218. La Charte constitutionnelle rétablit la liberté individuelle après la chute de Bonaparte.
219. Au retour de l'île d'Elbe, il affecta de renoncer au despotisme, et proposa le principe établi par la Charte, que personne ne peut être arrêté ni détenu qu'en suivant les formes prescrites par la loi.
220. Au moment de la chute définitive de Bonaparte, la commission provi-

soire fit suspendre la liberté individuelle, par la loi du 28 juin 1815.

221. Les suites désastreuses du retour de l'île d'Elbe firent suspendre la liberté individuelle par la loi du 29 octobre 1815.

222. Mauvais effet qu'elle produisit, par la faute des agents chargés de son exécution.

223. Elle fut abrogée par la loi du 12 février 1817, qui permit jusqu'au 1er. janvier 1818, d'arrêter et détenir les prévenus de conspiration en vertu d'un mandat signé du président du conseil des ministres, etc.

224. Il n'y eut point d'abus dans l'exécution de cette loi, dont le gouvernement ne demanda pas le renouvellement. Nous vivons sous l'empire de la Charte.

225. L'art. 75 de la constitution de l'an VIII est abrogé. L'autorisation du conseil d'état n'est pas nécessaire pour poursuivre un fonctionnaire coupable d'excès envers un citoyen.

226. Liberté de la pensée. Avant la révolution, on ne pouvait imprimer sans subir une censure préalable, et sans privilége du Roi.

227. La liberté de publier ses pensées fut rendue aux Français par la constitution de 1791. Ses dispositions sur la liberté de la presse.

228. De la commission sénatoriale de la liberté de la presse.

229. Bonaparte parut un moment respecter la liberté de la presse.

230. Bientôt il l'enchaîna de nouveau, rétablit la censure préalable, créa un directeur de l'imprimerie.

231. Pour les payer, on lui persuada de mettre dans le domaine public la propriété de fou... es ouvrages des auteurs morts, et d'établir un droit sur leur réimpression.

232. M. de Pommereul étendit ce droit aux ouvrages dont les auteurs étaient vivants, quoiqu'exceptés par le décret.

233. La liberté des journaux avait été enchaînée par la loi du 19 fructidor an V.

234. Rapportée par la loi du 14 thermidor an VII; mais, par arrêté du 27 nivôse an VIII, les consuls l'enchaînèrent de nouveau. Abus d'autorité par Lucien Bonaparte.

235. La Charte rétablit la liberté de la presse.

236. Elle fut modifiée temporairement par la loi du 21 octobre 1814, qui soumit à la censure les ouvrages au-dessous de 21 feuilles d'impression et les journaux.

237. Cette loi, prorogée à l'égard des journaux jusqu'à la fin de la session de 1818, qui vient de s'ouvrir. Il faut attendre à voir si elle sera renouvelée.

238. Importance de la liberté de la presse, et surtout des journaux; ce qu'on en pense en Angleterre.

239. Principes raisonnables sur cette matière.

240. Liberté de conscience et du culte.

241. Louis XIV achève de la détruire en révoquant l'édit de Nantes.

242. Suites terribles de ses lois.

243. Conservées sous Louis XV; incapacité de posséder aucune charge ou fonction publique, sans un certificat de catholicité.

244. Ces lois tombèrent en désuétude; mais le mariage des non catholiques était nul, et leurs enfants bâtards.

245. L'édit de novembre 1787 leur permet de contracter des mariages civils.

246. Liberté de conscience et du culte établie par la première assemblée constituante.

En traitant des droits civils en général, c'est-à-dire, des droits dont jouissent les hommes dans l'état civil, nous aurons à considérer ce que c'est que l'état civil, quels sont les droits civils et combien il y en a d'espèces, quelles sont les personnes qui en jouissent, comment on peut les acquérir ou les perdre.

201. Qu'est-ce que l'état civil?

L'homme est né pour la société; c'est une vérité démontrée par l'observation et par les faits. En aucun temps, en aucun lieu, on n'a vu l'homme vivre isolé et solitaire. L'histoire le présente partout réuni en peuplades plus ou moins nombreuses. Mais ces premières ébauches des sociétés, formées par cet instinct naturel qui porte l'homme à se rapprocher de son semblable, étaient d'abord fort imparfaites. Aucune convention n'avait réglé les conditions de l'association, ni les droits respectifs des associés. Ces conditions et ces droits n'avaient d'autres règles que celles de la loi naturelle, toujours contestées, toujours insuffisantes lorsqu'il n'existe pas de supérieur commun, qui puisse les appliquer et contraindre à les suivre. Dans cet état d'indépendance, chaque individu était chargé du soin de sa propre défense. De-là des combats ou des guerres privées d'individu à individu, de famille à famille.

Pour contraindre les hommes à être justes et à observer entre eux la loi naturelle, il fallait réunir toutes les forces particulières sous une direction commune, et créer ainsi une autorité ou une puissance publique, capable de réprimer et de punir les injustices particulières; il fallait donner une nouvelle sanction aux lois naturelles, en développer les conséquences, les fixer par des lois positives, y ajouter ce qu'exigent le bien de la société et les droits respectifs des membres qui la composent; régler surtout par qui et comment la puissance publique doit être exercée et dirigée.

C'est cette réunion des forces particulières sous une direction commune, cet établissement d'une puissance publique pour faire exécuter les lois, qui constituent et qui caractérisent *l'état civil*, dont la première loi est que nul associé ne se

fera justice par lui-même, mais qu'il la demandera aux dépositaires de la puissance publique, ou des forces réunies pour la sûreté de tous, dans les cas où il lui sera possible d'y recourir.

De-là cette maxime que tous les citoyens sont sous la sauvegarde de la loi.

202. Les hommes ainsi réunis forment un peuple, une nation, une cité, un état : dénominations qui ne sont pas parfaitement synonymes; mais les nuances délicates qui en varient la signification, sont comme nulles par rapport à l'objet qui nous occupe (1).

Ce qu'il importe d'observer ici, c'est que l'état civil, le droit civil, tirent leur nom de la *cité*, qui ne signifie par une ville, mais une portion du genre humain gouvernée par les mêmes chefs. C'est ce que les Romains appelaient *civitas* et les Grecs πολις d'où vient le mot πολιτεια *civitatis seu reipublicæ status et administratio.*

Ainsi, dans l'origine et dans son sens propre et primitif, le droit civil et le droit politique ont une même signification. C'est l'ensemble, la collection des lois, qui concernent la cité ou les citoyens.

Dans la suite on a distingué et l'on a appelé droit politique ou droit public, celui qui concerne l'établissement ou la constitution de la cité, son gouvernement intérieur et ses relations avec les autres cités ou états.

Et droit civil, celui qui règle les droits et les devoirs des citoyens entre eux, considérés comme personnes privées, et abstraction faite des rapports de ceux qui gouvernent, avec ceux qui sont gouvernés.

On appelait autrefois dans un sens particulier le droit romain, *droit civil*, par opposition au droit coutumier.

203. Comment les hommes, réunis d'abord par instinct en sociétés imparfaites, où il n'existait pas de puissance publique régulièrement organisée, sont-ils parvenus à l'état civil et au

(1) La *cité* forme un corps moral ou politique, composé d'autant de personnes privées qu'il existe d'individus réunis en société.

La personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres, s'appelle *cité*, *république* ou *corps politique*.

Le corps politique est appelé par ses membres *état*, quand il est passif; *souverain*, quand il est actif; *puissance*, en le comparant à ses semblables.

Quant aux associés, ils prennent collectivement le nom de *peuple* ou de *nation*, et s'appellent en particulier *citoyens*, comme participant aux droits politiques, et *sujets*, comme soumis aux lois de l'état.

degré de civilisation où nous les voyons aujourd'hui ? Comment ce grand changement s'est-il opéré ?

Je l'ignore. On a fait pour résoudre ce problème beaucoup de conjectures plus ou moins ingénieuses, mais toutes plus ou moins éloignées de la vérité.

Le fait est que ce changement existe; que les hommes sont parvenus à l'état civil par une suite nécessaire de cette perfectibilité (1) qui caractérise leur espèce, et qui les porte insensiblement à perfectionner toutes les sciences, tous les arts, toutes les institutions. On peut, à l'aide de l'histoire, suivre les progrès de la civilisation, marquer les pas qu'elle a faits sans pouvoir remonter à son origine, ni voir comment elle a commencé : heureusement il nous importe peu de le savoir.

Des écrivains célèbres ont recherché quelles doivent avoir été les conditions, les clauses de ce qu'ils appellent le contrat social, c'est-à-dire, le contrat primitif par lequel les hommes se sont unis en confédération. C'est de ce contrat qu'ils font dériver tous les devoirs de l'homme en société.

La vérité est qu'il n'a jamais existé entre les hommes de contrat antérieur à la réunion des sociétés. Les coutumes, les chartes, les constitutions qui contiennent ou qui règlent les conditions de cette réunion, et qui fixent les droits et les devoirs des magistrats et des sujets, sont toutes postérieures à l'établissement des sociétés civiles.

Le contrat social primitif est donc une pure fiction (2) dans la théorie, semblable aux fictions inventées par les jurisconsultes dans le droit civil, pour faire dériver d'une convention des obligations qui viennent réellement d'une autre source.

Tels sont les quasi-contrats ; telles sont encore les obligations du tuteur envers son pupille, que les jurisconsultes romains attribuent à un contrat, quoiqu'elles viennent manifestement de la loi.

On a dit que si dans le fait la réunion des forces particulières sous une direction commune, ou l'institution de l'état civil, n'a pas commencé par un contrat, elle doit s'y résoudre en dernière analyse, et que c'est toujours un contrat interprétatif qui en forme le lien.

Mais de pareilles fictions sont inutiles pour expliquer le droit naturel, qui ne reconnaît que des droits et des obligations fondés sur la raison, et qui ne reçoivent aucune force d'une

(1) *Voy.* l'Essai sur la société civile, de Fergusson.
(2) Fergusson, Morale philosoph. part. 5, ch. 10, sect. 3.

convention purement fictive, puisque les conventions réelles elles-mêmes tirent leur force obligatoire de la loi. Il suffisait donc d'appliquer les lois naturelles aux sociétés et aux devoirs des différents membres des sociétés, sans recourir à une fiction inutile.

204. En France, nous sommes assez heureux pour n'être point obligés de recourir à la fiction d'un contrat primitif imaginaire, ni même à l'interprétation, toujours controversée, des lois naturelles. Nos droits politiques sont réglés par un pacte social, rédigé par écrit : c'est la Charte constitutionnelle donnée par Louis XVIII, en 1814, dont l'observation a été solennellement promise et jurée par tous les membres de la famille royale.

Nos droits sont réglés par des lois fixes, adoptées par les deux chambres du corps législatif, sur les différentes matières d'ordre public ou particulier.

Telles sont les sources où nous puiserons pour expliquer quels sont les droits civils des Français.

205. Les droits dont jouit l'homme en société, sont de deux espèces ; les uns lui sont donnés par la nature, il en jouissait avant d'entrer dans l'état civil. Ces droits, lorsque le bien de la société l'exige, et autant seulement qu'il l'exige, peuvent être modifiés par les lois civiles, qui en garantissent à chaque associé une jouissance plus assurée, au moyen de la nouvelle sanction qu'elles leur donnent; mais ils ne peuvent être abolis par aucune institution légitime. Le but de toute association est nécessairement le bien-être des associés, et la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme.

Les autres droits de l'homme en société viennent des lois civiles, ou du droit particulier à chaque nation. Ils varient suivant les constitutions et les lois de chaque peuple.

206. On pourrait donc en traitant des droits de l'homme en société, les diviser à raison de leur origine en droit naturels et en droits civils.

Mais comme tous les droits que l'homme tient de la nature ont reçu du droit civil des modifications et une nouvelle forme, il est plus convenable de les diviser à raison de leur objet, et de suivre la division indiquée par le Code, en droits civils et en droits politiques.

Les droits politiques consistent dans la faculté de participer plus ou moins immédiatement, soit à l'exercice, soit à l'établissement de la puissance et des fonctions publiques.

Ces droits politiques sont fixés par les lois; ceux du simple

citoyen sont aujourd'hui bornés au droit de suffrage qu'il exerce dans les assemblées électorales, et dans la capacité d'être admis ou élu sans distinction de naissance, à toutes les places, ou à toutes les fonctions publiques.

Les droits politiques des différentes personnes publiques, depuis le simple citoyen jusqu'au Roi, qui est la première personne et le magistrat suprême de l'état, doivent être le sujet d'un ouvrage particulier.

Les droits civils sont ceux qui n'ont pas de rapport à l'exercice ou à l'établissement de la puissance ou des fonctions publiques.

207. Ils sont absolus ou relatifs.

Les droits absolus sont ceux qui appartiennent à chaque homme en particulier, considéré comme individu, indépendamment des relations qu'il peut avoir avec les autres hommes, ou avec les autres membres de la société. La liberté, par exemple, est un droit absolu.

Les droits relatifs sont ceux qui dérivent des relations que les hommes ou les membres d'une même société ont entre eux. Le droit de puissance paternelle, le droit de succéder, etc., sont des droits relatifs.

Ces droits sont en très-grand nombre, et leur explication forme la partie la plus étendue de la jurisprudence.

208. Par les droits absolus de l'homme, j'entends ici ceux qui sont tels dans le sens primitif et le plus étroit, ceux qu'il tient de la nature, ceux dont il jouissait dans son état d'indépendance naturelle, et dont il doit continuer de jouir dans l'état civil, sans qu'on puisse les lui ravir; car le but de toute association civile, doit être de maintenir tous les associés dans les droits absolus qu'ils tiennent des lois immuables de la nature.

Les lois humaines sont donc, à cet égard, purement déclaratoires. Elles peuvent expliquer, développer les droits absolus de l'homme, mais non par les créer ni les détruire. Elles ne doivent que maintenir et protéger ces droits, qui en eux-mêmes sont simples et en petit nombre, mais qui, prenant un caractère relatif de l'état civil, deviennent aussi plus compliqués par les modifications qu'ils y subissent. Voyons donc jusqu'où doit s'étendre le pouvoir des lois à l'égard des droits absolus de l'homme, et comment les lois françaises ont pourvu à leur conservation.

On comprend ordinairement sous le nom général de liberté naturelle, tous les droits absolus de l'homme considéré comme un être intelligent et libre. Cette liberté consiste dans la faculté

de faire tout ce qu'il juge à propos, sans autres restrictions que celles qui résultent du droit naturel. Cette liberté illimitée qu'il acquiert en naissant, est inhérente à la nature de l'homme ; c'est un don du créateur.

Mais en entrant dans l'état civil, l'homme abandonne et perd une partie de sa liberté naturelle, en échange des avantages qu'il reçoit de la société ; et en considération de ces avantages, il est obligé d'obéir aux lois que le plus grand nombre des associés juge à propos d'établir. Cette espèce de contrainte à laquelle il se soumet, lui devient infiniment plus utile que la liberté farouche et sauvage dont il perd une partie. Tout homme qui réfléchit, ne peut désirer de conserver la liberté illimitée de faire tout ce qu'il lui plaît ; autrement, il en résulterait que tous les autres membres de la société auraient aussi la même faculté, et alors ni la vie, ni la jouissance des droits d'aucun d'eux, ne seraient en sûreté.

La liberté civile ou politique dont jouit l'homme dans l'état civil, n'est donc pas autre chose que la liberté naturelle, restreinte ou limitée par la loi humaine, autant qu'il est nécessaire ou utile pour l'avantage de la société.

Ainsi toute loi qui nous empêche de nuire à nos concitoyens, accroît et assure la liberté civile, quoiqu'elle diminue la liberté naturelle.

Au contraire, toute loi qui enchaîne inutilement notre volonté ou nos actions sur des choses absolument indifférentes (1), est contraire à la liberté, à moins que l'observation de cette loi, qui nous contrarie sur des points indifférents en apparence, ne tourne, en effet, à l'avantage de la société ; car alors, en gênant notre liberté particulière sur des points peu importants, elle maintiendrait la liberté générale en un point beaucoup plus important, en contribuant à maintenir la splendeur de l'état et à conserver la société, qui seule peut assurer notre indépendance.

Ainsi les lois, quand elles sont prudemment établies, loin de détruire la liberté civile, en deviennent le plus ferme soutien.

Les droits absolus dont jouissent les hommes dans l'état civil, ne seront donc que le résidu de la liberté naturelle dont les lois ne peuvent exiger le sacrifice, même pour le bien public, parce que le but de toute association ne doit être que la conservation de ces droits naturels et imprescriptibles dont la société doit garantir la jouissance à tous les associés.

(1) La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Art. 5 de la déclaration des droits de 1791.

Après ces vues générales sur les droits absolus que l'homme tient de la nature, examinons chacun de ces droits en particulier.

209. Ils peuvent se réduire à trois points principaux : *sûreté, liberté, propriété.*

210. Le droit de sûreté personnelle de l'homme, est l'objet principal des lois. Il consiste dans la jouissance de la vie, de son corps, de ses membres et de son honneur, ou de sa réputation.

La vie est un bien que l'homme tient de la nature, la société s'occupe de lui en garantir la jouissance et la conservation, avant même qu'il ait vu le jour, et dès l'instant qu'il existe dans le ventre de sa mère. La loi ne punit pas seulement l'homicide ou le meurtre d'un homme né, elle punit de la réclusion, et, en certains cas, de la peine des travaux forcés, quiconque est convaincu d'avoir, par aliments, breuvages, médicaments, violences, ou par tout autre moyen, procuré l'avortement d'une femme enceinte, soit qu'elle y ait ou non consenti.

La mère, quelques droits qu'elle semble avoir sur le fœtus, qui n'est encore qu'une partie d'elle-même, est punie de la même peine si elle ose attenter à la vie de son enfant avant qu'il soit né (1).

Un enfant dans le ventre de sa mère, est réputé né, lorsque l'intérêt de sa vie et de sa conservation le demande (2).

Si une femme criminelle est enceinte, elle ne doit pas être mise en jugement. Si elle y avait été mise et condamnée, l'exécution du jugement serait suspendue et renvoyée après ses couches.

La loi punit de mort tout homicide commis avec préméditation.

Les homicides commis sans préméditation sont punis de peines plus ou moins graves, suivant les circonstances du fait.

Ainsi la loi se charge de venger toutes les atteintes faites à la vie des hommes, et elle punit jusqu'aux tentatives d'homicide, lorsqu'elles ont été suivies d'un commencement d'exécution.

Elle porte plus loin la prévoyance. Lorsqu'un homme se trouve en danger de sa vie par le fait d'un autre, sans pouvoir appeler à son secours les forces de la société, il reprend tous les droits que lui donne la loi naturelle, qui lui prescrit la défense de soi-même ; et la loi civile l'autorise même à

(1) Code pénal, art. 317.
(2) D'Aguesseau, tom. v, pag. 445.

tuer l'agresseur, s'il ne peut autrement s'en défendre.

Mais il doit attendre sa vengeance des lois, lorsqu'il peut en implorer le secours.

Ce n'est pas seulement pour sa propre défense, mais encore pour celle d'autrui, qu'il est permis de repousser la violence par la force, et même de tuer l'agresseur, sans être coupable aux yeux de la loi. En cas d'homicide légitime, il n'existe point de crime, et l'homicide est commis légitimement lorsqu'il est indispensablement commandé par la nécessité actuelle de la défense de soi-même ou d'autrui (1).

Outre les dispositions pénales qui ont pour objet de réprimer les attentats contre la vie des citoyens, la loi emploie d'autres moyens pour en garantir la conservation à ceux qui sont hors d'état d'y pourvoir eux-mêmes.

La société a établi des hôpitaux pour les malades, pour les enfants, les vieillards et les indigents hors d'état de gagner leur vie par le travail. On s'est souvent occupé et l'on s'occupe encore de pourvoir à la subsistance de tous les pauvres, afin de supprimer la mendicité; en attendant, elle est tolérée à l'égard des individus sont hors d'état de travailler.

C'est encore pour maintenir la sûreté personnelle, que sont établis des gardes, qui veillent à notre conservation, même à notre insu; qui, pendant la nuit, parcourent les rues des grandes villes, qui recherchent les malfaiteurs dans les campagnes, sur les chemins publics, dans leurs retraites les plus secrètes : institution admirable dont on peut abuser, mais qui n'en est pas moins nécessaire, et sans laquelle personne ne pourrait voyager avec sûreté.

Enfin, c'est pour assurer la vie des hommes, que le gouvernement, dans les temps de disette, s'occupe de procurer des subsistances au peuple.

La loi ne veille pas seulement à la couservation de la vie de l'homme, elle veille également à la conservation des membres que la nature lui a donnés, et sans lequels il serait hors d'état de pourvoir à sa subsistance et de jouir des agréments de la vie.

Toute mutilation commise dans la personne ou dans les membres d'un homme, et même les violences ou les blessures qui tendent à le priver de l'usage de ses membres, sont punies de peines afflictives et infamantes, graduées sur la grièveté des faits, si elles sont commises avec préméditation (2). Si

(1) Code pénal, art. 328 et 329.
(2) Code pénal, art. 309 et suivants.

elles sont commises sans préméditation, elles sont punies de peines plus ou moins graves; et le danger où se trouverait un homme de recevoir des blessures ou d'éprouver des violences sur son corps ou sur ses membres, quand même sa vie ne serait pas précisément en péril, suffirait pour le faire rentrer dans tous les droits de la défense naturelle, et pour l'autoriser même à tuer son agresseur, s'il ne peut autrement s'en défendre; parce qu'alors l'homicide est légitime et commandé par la nécessité actuelle de la défense de soi-même.

Mais il faut bien remarquer, qu'il n'est permis d'en venir à cette fatale extrémité, que dans le cas d'une nécessité absolue; et quand on ne peut autrement se soustraire au péril. *Si aliter periculum effugere non potest. Inst. de leg. Aquil.* §. 2, *et ibi Vinn.* (1).

La loi civile garantit aussi à chacun des membres de la société, la jouissance intacte de son honneur et de sa réputation.

La confiance est le lien qui unit les hommes : elle naît de l'estime réciproque. L'amour de l'estime publique fit naître, dans le sein de la société, l'honneur, ce sentiment vif et délicat qui prend sa source dans la nature, puisque l'homme désire naturellement l'estime des hommes avec lesquels il est en relation. L'honneur est devenu un bien plus précieux que la vie : c'est pour l'homme civilisé la plus chère de toutes les possessions. Les atteintes portées à l'honneur sont plus funestes que celles qui ont la fortune ou la vie pour objet. Les hommes honnêtes aimeraient mieux mourir que de vivre déshonorés.

La loi venge les atteintes portées à l'honneur du citoyen. Elle accorde, pour les réprimer, des actions de différentes espèces, dont le détail sort de notre sujet : il suffit ici de les indiquer.

211. Après la sûreté personnelle, le plus important des droits de l'homme, dans l'état civil, celui à la conservation duquel la loi veille et doit veiller avec le plus de soin, c'est la liberté individuelle.

La liberté, telle qu'en jouissent les citoyens français, consiste en trois points principaux.

(1) *Qui cùm aliter se tueri non possunt damni culpam dederint, innoxii sunt. Vim vi defendere omnes leges, omnia jura permittunt... et hoc si tuendi duntaxat, non ulciscendi causâ factum sit. L.* 46, §. 4, *ff. ad leg. Aquil. LL.* 4 et 5 *ibid. Jàm hoc evenit ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur. L.* 3, *ff. de Just. et jure.*

Liberté de la personne et des actions.
Liberté de la pensée.
Liberté de conscience et du culte.

212. La liberté de la personne et des actions consiste dans la faculté de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, tout ce qui n'est pas défendu par les lois, sans pouvoir en être empêché, sans pouvoir être détenu arbitrairement, arrêté ni emprisonné que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites (1).

Une conséquence nécessaire de la liberté, est que tout Français peut demeurer en France aussi long-temps qu'il le voudra, en quelque lieu qu'il lui plaira, sans pouvoir être arbitrairement forcé d'en sortir, ni relégué dans un lieu particulier en forme d'exil, si ce n'est en vertu d'une loi ou d'un jugement.

Il est de la plus grande importance pour le public que la liberté personnelle soit religieusement respectée. Si le premier magistrat, si le chef de la nation avait la faculté de faire emprisonner tous ceux que ses ministres ou leurs subalternes jugeraient à propos, tous les autres droits des citoyens seraient bientôt anéantis; leur vie même ne serait plus en sûreté : c'est pour cela qu'on a prétendu, peut-être avec raison, que les attentats contre la vie et la propriété du citoyen, formés par la volonté arbitraire du premier magistrat ou de ses ministres, étaient pour la société d'une conséquence moins dangereuse que les attentats contre la liberté personnelle. Priver un homme de la vie par violence, sans accusation préalable, et sans forme de procès, confisquer ses biens et s'en emparer, contre les dispositions de la loi qui les protége, seraient des actes de tyrannie si manifestes et si évidents, qu'ils jetteraient l'alarme dans tous les esprits et les prépareraient à la résistance.

Mais arrêter secrètement une personne, la conduire, la confiner dans une prison obscure et impénétrable, l'y laisser ignorée de sa famille et de ses amis, souvent même oubliée de ceux qui avaient ordonné sa détention, c'est un acte qui, étant plus caché, fait aussi moins de sensation, et devient par cela même, plus dangereux pour la liberté publique (2).

(1) Art. 4 de la Charte. Art. 4 et 5 de la Déclaration des droits, en tête de la Constitution de 1791.

(2) En 1810, le censeur du gouvernement impérial, chargé d'examiner cet ouvrage, retrancha du manuscrit ces deux alinéa, et bien d'autres que je ne

213. Les emprisonnements arbitraires sont une violation manifeste du droit naturel, et les plus anciens monuments de la législation française, attestent (1) qu'ils étaient défendus par l'ancienne constitution de la monarchie.

Mais il faut convenir que sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, les Français n'avaient pas su conserver leurs droits anciens et naturels. Les emprisonnements arbitraires étaient devenus, sous les derniers règnes, et spécialement sous celui de Louis XIV, d'une fréquence tellement scandaleuse et tellement révoltante, qu'on a prétendu que sous le ministère du cardinal Fleury, et à l'occasion de la fameuse bulle *Unigenitus*, il avait été donné cinquante-quatre mille lettres de cachet. C'est ainsi qu'on nommait les ordres donnés, au nom du Roi, par un de ses ministres pour arrêter un citoyen.

Munis de cet ordre, des agents du gouvernement enlevaient un citoyen de sa maison, souvent au milieu de la nuit, pour le conduire dans un château, ou autre maison de force, quelquefois à l'autre bout du royaume. Là, il n'était ordinairement permis ni de le voir, ni de lui écrire : il n'était pas rare que l'on ignorât ce qu'il était devenu, jusqu'à ce qu'il plût au ministre despote qui l'avait fait arrêter de le rendre à la liberté.

Vainement les parlements et les autres cours souveraines élevaient une voix courageuse contre cet intolérable abus; la cour ne répondait qu'en lançant de nouvelles lettres de cachet, ou par cette maxime, qu'il ne faut pas soumettre à l'inspection des tribunaux le secret de l'administration et l'exécution des ordres du Roi : d'où l'on concluait qu'il n'existait aucun recours, contre les ordres donnés par ministres.

Ecoutons comment le vertueux Lamoignon de Malesherbes répondait à ces principes tyranniques dans les remontrances qu'il fit au Roi Louis XV, le 14 août 1770, au nom de la cour des aides, dont il était alors président. Il est impossible de peindre avec plus d'énergie à quel point était parvenu l'abus des lettres de cachet.

« Si ceux qui surprennent des ordres de V. M. pou- » vaient échapper à l'action légitime des opprimés par de » semblables subterfuges, sous quelle loi vivrions-nous au-

crains pas de rétablir sous le gouvernement juste et éclairé de Louis XVIII.

(1) *Voy.* les Maximes du droit public français, tom. 1, pag. 161 et suiv. édit. in-4°.

» jourd'hui que ces ordres sont si prodigieusement multi-
» pliés, et s'accordent pour tant de causes différentes, pour
» tant de considérations personnelles?

» On les réservait autrefois pour les affaires d'état ; on
» les a donnés ensuite dans quelques circonstances qui
» ont paru intéressantes, comme celles où le souverain est
» touché des larmes d'une famille qui craint le déshonneur.

» Aujourd'hui on les croit nécessaires toutes les fois qu'un
» homme du peuple a manqué au respect dû à une per-
» sonne considérable, comme si les gens puissants n'avaient
» pas déjà assez d'avantages.

» C'est aussi la punition ordinaire des discours indiscrets,
» dont on n'a jamais de preuves que la délation ; preuve
» toujours incertaine, puisqu'un délateur est toujours un
» témoin suspect.

» Sans discuter tous les différents motifs, il est notoire
« qu'on fait intervenir des ordres supérieurs, dans toutes
» les affaires qui intéressent les particuliers un peu connus,
» sans qu'elles aient aucun rapport ni à V. M. personnel-
» lement, ni à l'ordre public ; et cet usage est si généralement
» établi, que tout homme qui jouit de quelque considé-
» ration croirait au-dessous de lui de demander la réparation
» d'une injure à la justice ordinaire.

» Les ordres signés de V. M. sont souvent remplis de
» noms obscurs, qu'elle n'a jamais pu connaître ; ces ordres
» sont à la disposition de vos ministres, et nécessairement
» de leurs commis, vu le grand nombre qui s'en expédie.

» On les confie aux administrateurs de la capitale et des
» provinces, qui ne peuvent les distribuer que sur le rap-
» port de leurs subdélégués ou autres subalternes.

» On les remet sans doute en bien d'autres mains, puis-
» que nous venons de voir qu'on les prodigue sur la de-
» mande d'un simple fermier-général ; nous pouvons même
» dire sur celles des employés de la ferme ; car il n'y a que
» des commis subalternes qui puissent connaître un pré-
» venu de fraude et l'indiquer.

» Il en résulte, Sire, qu'aucun citoyen dans votre royaume
« n'est assuré de ne pas voir sa liberté sacrifiée à une
» vengeance ; car personne n'est assez grand pour être
» à l'abri de la haine d'un ministre, ni assez petit pour
» n'être pas digne de celle d'un commis des fer-
» mes. »

D'après ce tableau vrai et énergique, on peut juger

combien la liberté personnelle des citoyens était peu respectée en France.

214. Ce n'est qu'à la révolution que les Français doivent l'inestimable bienfait de voir leur liberté personnelle consacrée et garantie par des lois fixes.

L'assemblée constituante proclama, comme l'un des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, que nul ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites.

Elle ajouta que ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis. Elle mit au nombre des droits civils garantis à tous les Français, la liberté d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêtés que selon les formes déterminées par la loi.

L'article 518 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an IV, porte que « tout homme, quelle que soit sa » place ou son emploi, autre que ceux à qui la loi donne » le droit d'arrestation, qui donne, signe, exécute ou fait » exécuter l'ordre d'arrêter un individu, ou qui l'arrête » effectivement, si ce n'est pour le remettre sur-le-champ » à la police, dans les cas déterminés par la loi, est poursuivi criminellement et puni comme coupable de détention » arbitraire. »

Il faut voir l'art. 582 et les suivants, où sont développées les précautions prises contre les détentions arbitraires.

Ces principes qui avaient passé de la constitution de l'an III dans le Code des délits et des peines, ont été consacrés par la constitution de l'an VIII. L'article 72 porte que les ministres sont responsables : 1°. de tout acte du gouvernement signé par eux et déclaré inconstitutionnel par le sénat; 2°. de l'inexécution des lois et des règlements d'administration publique ; 3°. *des ordres particuliers qu'ils ont donnés, si ces ordres sont contraires à la constitution, aux lois et aux règlements.*

L'article 76 veut que la maison de toute personne habitant le territoire français soit un asile inviolable (1).

Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y entrer pour un

(1) *Voy.* le décret impérial du 4 août 1806, relatif au temps de nuit, pendant lequel la gendarmerie ne peut entrer dans les maisons des citoyens.

objet spécial déterminé, ou en vertu d'une loi, ou d'un ordre émané d'une autorité publique.

Les articles suivants déterminent les conditions requises pour qu'une arrestation soit légale, et ordonnent que la personne détenue soit toujours représentée à ses parents et amis par le geolier.

L'art. 81 répète les défenses prononcées par les lois précédentes contre les arrestations illégales, et porte que « tous » ceux qui, n'ayant point reçu de la loi le pouvoir de faire » arrêter, donneront, signeront, exécuteront l'arrestation » d'une personne quelconque; tous ceux qui, même dans » le cas de l'arrestation autorisée par la loi, recevront ou » retiendront la personne arrêtée dans un lieu de détention. » non publiquement et légalement désigné comme tel, et » tous les gardiens ou geoliers qui contreviendront aux dis- » positions des trois articles précédents, seront coupables » du crime de détention arbitraire. »

Enfin le Code pénal du 12 février 1810, art. 114 et suiv., établit des peines très-sévères contre les atteintes portées à la liberté individuelle.

Telles sont les précautions prises par la constitution de l'an VIII, pour assurer la liberté des personnes.

215. Beaucoup moins favorable à la liberté individuelle que cette Charte précieuse que nous devons à notre monarque légitime, la constitution de l'an VIII, art. 46 (1), autorisait le gouvernement à décerner des mandats d'amener et des mandats d'arrêt contre les personnes présumées auteurs ou complices de quelque conspiration contre l'Etat : mais si, dans un délai de dix jours après leur arrestation, elles n'étaient pas mises en liberté ou en justice réglée, il y avait, de la part du ministre signataire du mandat, crime de détention arbitraire.

L'art. 60 du sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII, qui établit le gouvernement impérial, ordonnait au sénat de choisir dans son sein une commission de sept membres, pour prendre connaissance, sur la communication qui lui en était donnée par les ministres, des arrestations effectuées conformément à l'art. 46 de la constitution, lorsque les personnes arrêtées n'avaient pas été traduites devant les tribunaux dans les dix jours de leur arrestation.

(1) Cet article est tacitement, mais évidemment abrogé par la loi du 12 février 1817, dont nous parlerons bientôt.

Cette commission était appelée *commission sénatoriale de la liberté individuelle.*

Toutes les personnes arrêtées, et non mises en jugement après les dix jours de leur arrestation, pouvaient recourir directement par elles, leurs parents ou leurs représentants, et par voie de pétition, à la commission sénatoriale de la liberté individuelle, art. 61. Il faut voir, dans les articles suivants, la manière dont devait procéder cette commission, qui jamais n'éleva de réclamations contre les nombreuses détentions ordonnées par les ministres et autres agents de Bonaparte.

Enfin, toutes les dispositions protectrices de la liberté furent encore renouvelées dans le Code d'instruction criminelle du moins de décembre 1808, art. 615 et suivants, et consacrées par le Code pénal du 22 février 1810, qui détermine les peines dont doivent être punis, suivant les différents cas, les attentats à la liberté. (Voyez article 114 et suivants.)

216. Mais les lois protectrices de la liberté sont toujours illusoires quand le gouvernement, quand les ministres et leurs agents subalternes peuvent les éluder et les violer impunément. C'est ce que firent constamment le chef et les principaux agents du gouvernement impérial. Les lois les plus libérales en apparence ne servirent qu'à voiler, jusqu'à certain point, leur despotisme et leur tyrannie. Ils ne manquaient jamais d'y insérer quelques dispositions qui leur ménageaient les moyens de les éluder (1). La constitution même de l'an VIII favorisait ouvertement ces moyens ; elle porte, art. 75, « que les *agents du gouvernement* ne peuvent » être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, » qu'en vertu d'une décision du conseil d'état, etc. (2) »

Or, sous le nom d'*agents* du gouvernement, on comprenait depuis les premiers fonctionnaires publics jusqu'au plus vil agent de la police, jusqu'au dernier commis des droits-réunis ; et le conseil d'état donnait si rarement l'autorisation nécessaire (3), on étendait si loin ce qu'on appelait les faits re-

(1) Par exemple, la formation de la liste des jurés attribuée aux préfets par l'art. 387 du Code d'instruction criminelle. On s'est beaucoup plaint de cette disposition ; le gouvernement songe, dit-on, à la réformer.

(2) Le vertueux Monnier m'a souvent dit que cet article était un brevet d'impunité en faveur des fonctionnaires scélérats, mais en crédit.

(3) A moins qu'il ne s'agît de servir les vues de l'empereur ; par exemple, de punir un maire trop indulgent envers les conscrits. *Voy.* le décret du 9 frimaire an XIII.

latifs aux fonctions des agents du gouvernement, que la demande d'autorisation nécessaire pour les poursuivre ne faisait ordinairement qu'attirer de nouveaux désagréments, à ceux qui avaient le courage et les moyens de la former.

Les troubles de la Vendée et des département de l'Ouest, l'art des conspirations factices, dont on a si cruellement abusé, fournirent de nouveaux prétextes aux attentats contre la liberté individuelle, scandaleusement violée par l'empereur et ses ministres, sans que personne osât se plaindre, pas même la dérisoire *commission de la liberté individuelle*. L'empereur faisait élever partout de nouvelles bastilles (1) pour inspirer plus de terreur.

217. Enfin posant le masque, et dédaignant de consulter ni le sénat ni le corps législatif, qui cependant avaient toujours et en toutes choses servilement obéi à ses volontés, de sa pleine puissance et autorité impériale, il autorisa son conseil privé, par son fameux décret du 3 mars 1810, *concernant les prisons d'état*, à détenir les citoyens dans ces prisons, sans mandat préalable, sans forme de procès. Jamais les rois de France n'avaient eu l'impudeur d'autoriser les lettres de cachet par des ordonnances.

218. Après l'heureuse restauration de la monarchie légitime, Louis XVIII rétablit les Français dans le droit naturel de liberté individuelle, dont jamais ils n'avaient joui sous Bonaparte. Les emprisonnements arbitraires furent proscrits par cette Charte immortelle qui fait bénir le règne de notre sage monarque, et qui rendra sa mémoire chère à nos arrière-neveux. L'art. 4 veut que personne ne puisse être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit.

219. A son fatal retour de l'île d'Elbe, et dans l'espoir de reconquérir quelque popularité, Bonaparte fit rédiger, le 22 avril 1815, le fameux acte additionnel (2) aux constitutions de l'empire. Cet acte, qu'il se proposait de soumettre à l'acceptation du peuple français, condamnait par le fait et ses emprisonnements arbitraires, et son tyrannique décret du 3 mars 1810. L'article 61, où l'on avait copié presque mot pour mot l'art. 4 de la charte, mit au nombre des droits du citoyen, que « Nul ne peut être poursuivi, ar-

(1) Par exemple, à Pontivy, qui avait pris le nom de Napoléonville.
(2) Il est imprimé dans le *Bulletin des lois*, pag. 131.

» rêté, détenu, ni exilé que dans les cas prévus par la » loi, et suivant les formes prescrites (1). »

220. Sa chute définitive suivit de près. Une commission provisoire saisit les rênes du gouvernement, mais elle eut aussi le malheur de faire suspendre la liberté individuelle pendant deux mois, par la loi du 28 juin 1815, qu'elle n'eut pas le temps d'exécuter. Le jour même où cette loi fut rendue à Paris, le Roi était à Cambrai, d'où il adressa à tous les Français une proclamation pour leur annoncer ses intentions libérales et paternelles.

221. Heureusement rétabli sur son trône pour le bonheur des Français, ils devaient vivre désormais sous l'égide protectrice de la Charte.

Mais, effrayés par les trahisons qu'avait fait éclater le malheureux retour de l'île d'Elbe, les ministres pensèrent qu'il était impossible de maintenir la tranquillité publique sans suspendre temporairement la liberté individuelle. Ils proposèrent et firent adopter par les chambres la loi du 29 octobre 1815, relative à des mesures de sûreté générale. Elle permettait de détenir, sans le traduire en justice, tout individu arrêté comme prévenu de crimes et délits contre la personne du Roi, la famille royale ou la sûreté de l'Etat. Tout fonctionnaire à qui les lois confèrent le droit de décerner des mandats pouvait faire arrêter les citoyens.

222. Cette loi produisit les effets les plus déplorables, par la manière dont l'exécutèrent les agents subalternes du gouvernement. L'infâme délation fut encouragée; le plus vil délateur était écouté, toutes les prisons devinrent des bastilles, et l'on vit des procureurs du Roi, fiers de leur pouvoir comme des Pachas d'Asie, avoir constamment dans leur antichambre deux gendarmes de planton pour exécuter leurs arrestations arbitraires, sans compter les commissaires de police et les espions qui s'introduisaient partout.

D'un autre côté, les préfets s'arrogèrent le droit d'exiler arbitrairement les citoyens qui leur étaient suspects, et d'envoyer des vieillards d'une extrémité du royaume à l'autre. Il faut noter ces excès, non pour réveiller des haines qu'il faut éteindre pour toujours, mais pour prévenir le retour de lois pareilles.

Celle du 29 octobre 1815 devait cesser de plein droit d'avoir

(1) Il ajouta, art. 64, que « tout citoyen a le droit d'imprimer et de publier » ses pensées, en les signant, sans aucune censure préalable, sauf la respon- » sabilité légale, après la publication, par jugements par jurés, quand même » il n'y aurait lieu qu'à l'application d'une peine correctionnelle. »

son effet, si elle n'était pas renouvelée dans la session des chambres, lors prochaine.

223. Avertis des désordres qu'elle avait occasionés, les ministres reconnurent que quelques procureurs du Roi en avaient abusé. Cependant, après avoir proposé et fait adopter la loi sur les élections du 5 février 1817, comme un gage de leur attachement aux principes du gouvernement représentatif, loi si favorablement accueillie par les vrais amis de la liberté et si décriée par ses ennemis, les ministres voyant que l'agitation des esprits s'était prolongée, et que la fureur des partis n'était point apaisée, proposèrent et firent adopter la loi d'exception du 12 février 1817, *sur la liberté individuelle.*

Cette loi permettait encore d'arrêter et de détenir, mais seulement en vertu d'un ordre signé du président du conseil des ministres, tout individu prévenu de complots ou de machinations contre la personne du Roi, la sûreté de l'Etat, ou les personnes de la famille royale.

224. L'exécution de cette loi, qui abrogeait celle du 29 octobre 1815, ne donna lieu à aucun abus. Son effet devait cesser de plein droit au 1er. janvier 1818; le renouvellement n'en a pas été demandé. C'est la dernière loi d'exception qui porte des restrictions à la liberté individuelle. Nous n'avons plus à craindre qu'on en propose, ni qu'on en fasse à l'avenir adopter de semblables. Nous vivrons désormais et nous vivrons toujours sous l'empire tutélaire de la Charte. Notre territoire est enfin libre: la liberté publique est assurée par la retraite des étrangers: « A la liberté publique se joint la liberté privée, que la France n'a jamais goûtée si entière. » comme Sa Majesté l'a observé avec beaucoup de vérité dans le discours qu'elle vient de prononcer à l'ouverture de la session, le 10 décembre 1818.

225. Avant de terminer ce qui concerne la liberté individuelle, il nous reste à examiner une question du plus haut intérêt. Nous avons vu que l'art. 75 de la constitution du 22 frimaire ou 3 nivôse an VIII défendait de poursuivre les agents du gouvernement pour faits relatifs à leurs fonctions, sans la permission ou l'autorisation du conseil d'état. Il est certain que sous l'empire de cette disposition tyrannique, la liberté individuelle, la sûreté même des citoyens n'étaient point suffisamment garanties, puisqu'elle enchaînait la faculté de poursuivre devant les tribunaux, qui en sont les gardiens naturels, les personnes dont les attentats contre ces droits sacrés sont le plus à redouter.

Cependant plusieurs tribunaux, plusieurs cours semblent

croire dans la pratique, que l'autorisation du conseil d'état est encore nécessaire pour traduire en justice les fonctionnaires prévaricateurs qui abusent de leur autorité par de criminels attentats à la sûreté ou à la liberté des citoyens. Le conseil d'état lui-même favorise cette opinion, en accordant l'autorisation quand elle est demandée, ce qui suppose la faculté de la refuser.

Nonobstant des autorités si respectables, nous osons penser, et notre devoir nous force de le dire, que cette opinion ne nous semble pas fondée. Pour la défendre, on oppose l'art. 68 de la Charte, qui porte « que les lois *actuellement existantes*, » qui ne sont pas *contraires* à la présente Charte, restent en » vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé. »

Mais ce ne sont que les lois *actuellement existantes*, que les lois qui n'y sont pas *contraires*, que maintient l'art. 68 de la Charte. Or, aujourd'hui, peut-on soutenir avec bonne foi que la constitution de l'an VIII est une loi *actuellement existante*, qu'elle n'est pas *contraire* à la Charte ?

C'est la Charte, toute la Charte, rien que la Charte, qui est aujourd'hui notre seule *constitution*; les tribunaux, les cours, les citoyens n'en doivent pas reconnaître d'autre, la loi du 9 novembre 1815, art. 5, le leur défend sous peine de punition correctionnelle. Du moment où la Charte fut proclamée, la constitution de l'an VIII fut, avec ses accessoires, légalement et irrévocablement abrogée, parce qu'elle est contraire à la Charte, parce qu'elle ne peut subsister avec la Charte. On ne peut donc plus l'invoquer aujourd'hui, pour donner aux prévaricateurs puissants ou protégés un *brevet d'impunité*, comme le disait énergiquement le vertueux Monnier, préfet d'Ille-et-Vilaine et ensuite conseiller d'état.

Au soutien de l'opinion que nous combattons, on invoque encore la loi du 14 décembre 1789, relative à la constitution des municipalités. L'art. 61 nous paraît le seul dans lequel on puisse trouver quelque sorte de rapport à la question qui nous occupe. Il porte : « Tout citoyen actif pourra signer et » présenter contre les officiers municipaux la *dénonciation* des » délits d'administration dont il prétendra qu'ils se seraient » rendus coupables, mais avant de porter cette *dénonciation* » devant les tribunaux, il sera tenu de la soumettre à l'ad» ministration ou au directoire du département, qui après » avoir pris l'avis de l'administration de district ou de son » directoire, renverra la dénonciation, s'il y a lieu devant » les juges qui en devront connaître. »

Remarquez que cet article ne s'applique qu'aux *délits d'administration*, délits que *tout* citoyen est autorisé à *dénoncer*, et non pas à poursuivre. Il n'y a que ceux qui sont lésés par ces délits et le ministère public qui soient autorisés à les poursuivre. Mais à qui le simple citoyen s'adressera-t-il pour dénoncer civiquement un délit d'administration? Qui pourra recevoir sa dénonciation? Les tribunaux? non; car ils ne pourraient décider s'il y a ou non un *délit d'administration*, sans s'immiscer dans les opérations de l'administration, et sans s'en faire rendre compte, ce qui leur est sévèrement défendu. C'est donc à l'administration supérieure, c'est-à-dire à l'administration départementale, et aujourd'hui aux préfets qui la remplacent, que doit être faite la dénonciation d'un délit d'administration commis par des officiers municipaux; et si l'administration supérieure, qui seule peut en juger, trouve qu'il y a réellement un délit d'administration, elle renvoie les prévenus devant les tribunaux. Voilà ce qu'ordonne la loi du 14 décembre 1789.

Mais conclure de là qu'on ne peut, sans l'autorisation du conseil d'état, poursuivre un fonctionnaire coupable, qui a attenté à la liberté individuelle ou à la sûreté d'un citoyen, qui a commis des violences sur sa personne, qui l'a maltraité, blessé, estropié, assassiné, c'est déraisonner si évidemment et si complètement, qu'on ne pourrait, sans manquer au respect qui lui est dû, prêter un pareil raisonnement au conseil d'état.

On invoque enfin, pour soutenir la nécessité de l'autorisation du conseil d'état, la loi du 24 août 1790, concernant l'organisation judiciaire, qui porte, art. 13, titre 2: « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs *pour raison de leurs fonctions.* »

Cet article établit le principe dont nous avons déjà parlé, de la séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif, et de leur indépendance mutuelle l'un de l'autre, dont la conséquence nécessaire est que les juges ne peuvent troubler les opérations de l'administration, ni citer les administrateurs devant eux, *pour raison de leurs fonctions.*

Mais loin qu'on en puisse conclure qu'il faut une autorisation du conseil d'état pour poursuivre les délits commis

par un administrateur contre la personne d'un citoyen, on peut et on doit, du texte de cette loi, tirer une conclusion toute contraire; car la défense de le citer *à raison de ses fonctions*, renferme implicitement la permission de le citer pour tout autre motif; à raison des délits qu'il commet, à raison de ses obligations personnelles, etc. La défense de le citer *à raison de ses fonctions* est une exception à la règle générale, qui la confirme dans les cas non exceptés.

Il nous paraît donc certain qu'il n'existe aucune loi qui exige l'autorisation du conseil d'état, pour poursuivre les délits commis par un fonctionnaire public, contre la personne d'un citoyen.

Cependant, dans une affaire récemment jugée par la cour royale de Rennes, on crut devoir obtenir la permission du conseil d'état, avant de poursuivre le maire de Blernais, *prévenu d'arrestation arbitraire et de violences commises sur la personne* d'un habitant de sa commune. L'arrêt rendu par la chambre correctionnelle, le 12 de ce présent mois de décembre 1818, condamne le maire à 500 fr. d'amende, et à 300 fr. de dommages et intérêts.

Nous avons souvent entendu désirer une loi qui abroge l'art. 75 de la constitution de l'an VIII, et qui rende à tous les citoyens, la libre faculté de poursuivre en justice réglée les atteintes portées à leur liberté ou à leur sûreté même par les agents du gouvernement. Nous croyons avoir prouvé qu'il n'est besoin ni de loi ni d'ordonnance, si les tribunaux, si les cours, pénétrés de leur devoir, ont le courage de repousser, comme n'étant fondée sur aucune loi, l'exception de tout agent du gouvernement qui voudrait opposer encore à son adversaire le défaut d'autorisation du conseil d'état, et se faire, sous l'empire de la Charte, une égide de la constitusion de l'an VIII. Qu'un magistrat subalterne et amovible, dont la langue est enchaînée et les discours dictés par la crainte de déplaire à l'autorité, se croie obligé de conclure à l'autorisation préalable du conseil d'état, avant de poursuivre et de faire punir un fonctionnaire coupable d'excès envers un citoyen, on le conçoit, mais le juge intègre et courageux ne doit voir que la loi, n'écouter que la justice. L'arrêt qui repousserait l'exception de l'agent coupable et les conclusions du ministère public, loin d'avoir la censure à redouter, serait infailliblement maintenu par la Cour de cassation, attendu qu'au lieu de violer aucune loi existante, il serait conforme aux principes de la Charte,

qui veut que tous les Français soient égaux devant la loi, quels que soient d'ailleurs leurs titres et leurs rangs.

Pour démontrer de plus en plus combien est contraire aux principes constitutionnels et aux dispositions de la Charte, la nécessité de l'autorisation du conseil d'état pour faire poursuivre un agent du gouvernement, prévenu d'avoir attenté à la sûreté ou à la liberté d'un citoyen, il suffit d'en examiner les suites et les conséquences. Le droit d'accorder l'autorisation de poursuivre, supposerait que le conseil d'état a le droit de la refuser, et par conséquent de suspendre, d'anéantir l'action de la loi, et même de se rendre juge en premier et dernier ressort entre le plaignant et le prévenu.

Or, en donnant au Roi le droit de faire grâce, la Charte ne lui a point donné le droit de soustraire le criminel au jugement qu'il doit subir, ni d'évoquer l'affaire à son conseil; encore moins d'enlever aux juges compétents la connaissance d'un délit, et d'empêcher la personne lésée d'en poursuivre devant eux la réparation : c'est pourtant ce qui arriverait si le gouvernement pouvait empêcher, par un refus d'autorisation, de poursuivre ses agents coupables d'attentats à la sûreté ou à la liberté individuelle. En voici un exemple :

Le sieur Philippe Rey avait un compte à discuter avec le sieur Larrieux; celui-ci s'étant plaint verbalement d'une extorsion de la part du sieur Rey, le sieur de Lolle, adjoint du maire de la commune de Saon, département de la Drôme, le fit arrêter, et conduire par deux gardes-champêtres dans la tour dite de l'Horloge, à huit heures du matin, le 29 octobre 1815. Le sieur Rey y était resté jusqu'au 31, vers midi. Ces faits étaient constatés par une information juridique, ordonnée par le juge d'instruction du tribunal de Die.

Mais la continuation des poursuites fut défendue, par une ordonnance royale du 18 avril 1816, qui porte : « Il » n'y a lieu à autoriser la continuation des poursuites contre le sieur de Lolle, adjoint du maire de la commune » de Saon, prévenu de détention arbitraire, exercée sur la » personne du S. Philippe Rey, etc. (1) »

Les motifs du refus d'autorisation exprimés dans l'ordonnance, sont qu'une lettre du ministre de l'intérieur annonçait qu'il avait été donné au sieur de Lolle par le préfet, *une forte réprimande ;*

(1) Cette ordonnance est rapportée par Sirey, an 1818. Suppl. pag. 70.

Qu'il était constant, d'après la déposition de trois témoins, que peu d'heures après sa détention, il avait été libre au sieur Rey de sortir de la tour, dont les portes *paraissent* après cette époque être demeurées ouvertes par ordre du sieur de Lolle, et que le sieur Rey s'obstina à y rester jusqu'au lendemain;

Que, d'après ces faits, le sieur de Lolle s'est empressé de reconnaître et de réparer son erreur, et que *la réprimande* qui a été donnée audit adjoint par le préfet, *a été une punition suffisante.*

Ainsi, le gouvernement jugea en fait, 1° sur une simple lettre ministérielle, que le sieur de Lolle avait reçu une *forte réprimande*;

2°. Aussi en fait, qu'il était *constant* que, peu d'heures après *sa détention ordonnée*, le sieur Rey avait été libre de sortir de la tour, parce qu'il *paraît* que les portes en étaient, après cette époque, demeurées ouvertes *par ordre* du sieur de Lolle (ordre qui n'avait point été notifié au sieur Rey);

3°. En droit, que la réprimande prétendue donnée à de Lolle était *une punition suffisante.*

Le conseil, érigé en commission extraordinaire, jugea donc qu'il n'y avait pas lieu à l'application de la peine prononcée par le Code pénal, contre les arrestations et détentions arbitraires, crimes dont la connaissance ne peut appartenir qu'aux tribunaux; il enleva à ces tribunaux la connaissance du crime dont se plaignait le sieur Rey; il jugea qu'une simple réprimande était une punition suffisante pour un délit que la loi punit d'une peine infamante; enfin, en interdisant la poursuite devant les tribunaux, il enleva au sieur Rey le droit de demander les dommages et intérêts qui lui étaient dus. Il ne condamna pas même le sieur de Lolle aux dépens. Nous ne porterons pas plus loin nos réflexions, sur une décision si contraire aux principes les plus sacrés de la charte constitutionnelle.

236. Le second point de la liberté française consiste dans la liberté de la pensée.

La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement, ce qu'il pense, sauf à répondre de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. C'est un droit qu'il tient de la nature.

Avant la révolution, les Français avaient perdu le droit précieux de communiquer librement leurs pensées et leurs

opinions par la voie de l'impression. Rien ne pouvait être imprimé en France sans la permission ou l'autorisation d'un censeur royal, à qui l'auteur devait remettre son manuscrit pour l'examiner, et qui pouvait arbitrairement refuser la permission d'imprimer, ou ne l'accorder que sous la condition des corrections et retranchements qu'il indiquait. Il était défendu d'imprimer aucun livre sans privilége du Roi, à peine de perdition de biens et de punition corporelle (ordonnance de Moulins, art. 78), à peine de confiscation de corps et de biens, suivant un édit de janvier 1626, par lequel la peine d'être pendu et étranglé fut prononcée contre les imprimeurs et libraires (1). La liberté de la presse était considérée comme infiniment dangereuse pour l'état et surtout pour la religion.

227. Enfin cette précieuse liberté fut rendue aux vœux des Français, par la première assemblée constituante, qui déclara que la libre communication des pensées et des opinions était au nombre des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, proclamés en tête de la constitution acceptée par le Roi le 14 septembre 1791. (*Voy.* art. 11.)

Cette constitution garantit à tous les Français, comme disposition fondamentale, la liberté de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection, avant leur publication. (*Voyez* le titre 1er.)

Ces principes furent développés dans l'art. 17 du titre 4, qui porte : « Nul homme ne peut être recherché ni poursuivi pour raison des écrits qu'il aura fait imprimer ou publier, sur quelque matière que ce soit, si ce n'est qu'il ait provoqué à dessein la désobéissance à la loi, l'avilissement des pouvoirs constitués, la résistance à leurs actes, ou quelques-unes des actions déclarées crimes ou délits par la loi.

» *La censure sur les actes des pouvoirs constitués est permise; mais les calomnies volontaires* contre la probité des fonctionnaires publics et la droiture de leurs intentions, dans l'exercice de leurs fonctions, pourront être poursuivies par ceux qui en sont l'objet.

» Les calomnies et injures contre quelques personnes que ce soit, relatives aux actions de leur vie privée, seront punies sur leur poursuite. »

(1) *Voy.* le Recueil imprimé à Paris, en 1752, sous le titre de Code pénal.

L'art. 353 de la constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), proclamée le 1er vendémiaire an IV (23 septembre 1795), consacra de nouveau ces principes sur la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer.

228. Sous la constitution de l'an VIII, l'art. 64 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII, ordonna qu'une commission de sept membres, nommés par le sénat et choisis dans son sein, serait chargée de veiller à la liberté de la presse. Cette commission était appelée *commission sénatoriale de la liberté de la presse ;* elle fut tout aussi muette, tout aussi inutile que la *commission sénatoriale de la liberté individuelle.* Ces commissions n'existaient que dans les almanachs.

229. Cependant Bonaparte parut un moment respecter et protéger contre ses ministres la liberté de la presse. On lisait dans le Journal de l'Empire du jeudi 9 janvier 1806, qu'à la suite d'une comédie nouvelle que M. Colin d'Harleville (poète dramatique très-estimable) avait comprise dans la collection de ses œuvres, on avait imprimé ces mots : « Vu » et permis l'impression et la mise en vente, d'après décision » de S. Exc. le sénateur ministre de la police générale de » l'empire, en date du 9 de ce mois de prairial an XIII, » par ordre de S. Exc. le chef de la division de la liberté » de la presse, signé La Garde. »

Bonaparte, qui venait alors de remporter à Austerlitz dans la Moravie, une éclatante victoire sur les forces réunies des Russes et des Autrichiens, fut instruit de ce fait. Il fit insérer dans le *Moniteur* du mercredi 22 janvier 1806, pag. 90, le morceau suivant qui mérite d'être remarqué.

« S. M. a été surprise d'apprendre qu'un auteur aussi estimable que M. Colin d'Harleville avait eu besoin d'approbation pour imprimer un ouvrage qui porte son nom. *Il n'existe point de censure en France.* Tout citoyen français peut publier tel livre qu'il jugera convenable, sauf à en répondre. Aucun ouvrage ne doit être supprimé, aucun auteur ne peut être poursuivi que par les tribunaux ou d'après un décret de S. M., dans le cas où l'écrit attenterait aux premiers droits de la souveraineté et de l'intérêt public.

» Nous retomberions dans une étrange situation, si un simple commis s'arrogeait le droit d'empêcher l'impression d'un livre, ou de forcer un auteur à en retrancher, ou à y ajouter quelque chose. *La liberté de la pensée est la première conquête du siècle;* l'empereur veut qu'elle soit con-

» servée : il faut seulement que l'usage de cette liberté ne » préjudice ni aux mœurs, ni aux droits de l'autorité suprê- » me, etc. »

230. Tel était alors le langage du vainqueur d'Austerlitz; il ne tarda pas à en changer. Parvenu au faîte de la puissance, il se crut assez fort pour fouler aux pieds tous les principes, toutes les lois et même la constitution qui l'avait élevé à l'empire. Dédaignant de consulter le corps législatif et le sénat qu'il méprisait, il rendit, de sa seule autorité, le fameux décret du 5 février 1810, par lequel il enchaîna, plus durement que jamais, la liberté de la presse, en rétablissant la censure, en nommant un directeur-général de l'imprimerie et de la librairie, pour veiller à l'exécution de ses règlements tyranniques.

Les Français retombèrent donc alors *dans l'étrange situation* où, suivant les expressions de Bonaparte, *un simple commis*, sous le nom de censeur impérial, *s'arrogeait le droit d'empêcher l'impression d'un livre, et de forcer l'auteur à en retrancher ou à y ajouter quelque chose.* Cependant, on vit alors des hommes que nous voyons aujourd'hui prétendus zélateurs de la liberté, déclamer contre le despotisme, solliciter ces titres de censeurs impériaux, et en exercer les fonctions avec la dernière sévérité (1).

231. Mais où prendre, sans diminuer le trésor public, les fonds nécessaires aux dépenses de la direction de l'imprimerie ? On ne pouvait établir un droit sur l'impression des livres, qu'en vertu d'une loi : or, comment proposer au corps législatif, à la face de toute la France, l'établissement d'un nouvel impôt pour payer les tyrans de la liberté de la presse ?

Rien n'embarrasse les fauteurs de la tyrannie et du despotisme. Ils imaginèrent de supposer que la propriété de tous les ouvrages écrits en langues mortes, étrangères ou française, *entre dans le domaine public*, à l'exception des ouvrages dont les auteurs étaient vivants ou morts depuis 1793 ; or, il est tout simple de ne permettre l'impression d'un ouvrage qui nous appartient, que sous la condition d'un droit quelconque.

Cependant, on respecta assez le public pour entourer d'abord d'obscurités cette découverte précieuse pour le fisc. Le décret impérial du 29 avril 1811 établit un droit léger

(1) Cette assertion n'est point hasardée. Je l'ai éprouvée cette sévérité.

en apparence (1), d'un centime par feuille d'impression sur tous les ouvrages connus en imprimerie sous le nom de *labeurs*. Mais qu'est-ce que des ouvrages de *labeurs?* Peu de personnes le savent. M. le baron de Pommereul, directeur général de l'imprimerie, prit soin de l'apprendre à tous les imprimeurs par une instruction imprimée, accompagnée d'une circulaire du 20 mai 1811 : « On entend par *labeurs* » tout ouvrage imprimé destiné à être vendu. » Cette belle définition est suivie de l'énumération des ouvrages qui entrent *dans le domaine public*, et cette énumération comprend tous les livres connus, saints ou profanes; rien n'était excepté, que les ouvrages des auteurs vivants, etc.

232. Mais M. le baron de Pommereul n'en étendit pas moins le droit de fisc à ces ouvrages (2), par un acte de concussion évidente, à laquelle la crainte des prisons d'état ne permettait guère de résister.

233. Tel était l'état de la liberté de la presse sous Bonaparte ; la servitude des journaux et des feuilles périodiques remonte plus loin.

C'est après la fameuse journée du 18 fructidor, qu'on porta la première atteinte à la liberté des journaux. La loi du 19 fructidor an V (5 septembre 1797), sous le prétexte d'une conspiration tendant à rétablir la royauté, supprima une foule de journaux, et ordonna, art. 85, que « les journaux, les autres feuilles périodiques et les presses qui les » impriment, sont mis, *pendant un an*, sous l'inspection de » la police qui pourra les prohiber, etc. » Cet article fut prorogé par la loi du 9 fructidor an VI, jusqu'à la publication de la loi pénale qui sera portée sur les délits de la presse, sans néanmoins que la durée de cette attribution puisse excéder le terme d'une année.

234. La loi du 14 thermidor an VII rendit la liberté aux journaux, et rapporta l'art. 35 de la loi du 19 fructidor an V. On ne trouve pas de loi qui ait remis cet article en vigueur, mais le 27 nivôse an VIII, les consuls prirent un arrêté qui enjoignait au ministre de la police de ne laisser pendant la durée de la guerre, imprimer, publier ni distribuer d'au-

(1) Il était facile d'augmenter le droit, léger d'abord pour empêcher les plaintes, mais moins léger qu'il ne paraît au premier coup-d'œil : un volume de 40 feuilles, tiré à 3,000 exemplaires, payait 120,000 centimes, ou 1200 francs.

(2) J'en ai la preuve écrite dans une quittance de 165 fr. 55 cent., signée de M. le baron, le 30 juin 1812, pour les premiers volumes de cet ouvrage.

tres journaux que ceux qu'ils désignaient (1); depuis ce temps, la liberté n'a jamais été rendue aux journaux.

Après la chute de Bonaparte, le gouvernement provisoire prit un arrêté qui nommait M. Michaud censeur des journaux sous l'autorité du commissaire chargé du portefeuille de la police.

235. Tel était l'état des choses relativement à la liberté de la presse, au moment de l'heureuse restauration qui rendit Louis XVIII aux vœux des Français, en 1814. L'un de ses premiers soins fut de proclamer et de faire adopter cette Charte, qui lui a mérité le titre de restaurateur de la liberté en France. L'art. 8 porte que « les Français ont le droit » de publier et de faire imprimer leurs opinions, en se confor- » mant aux lois qui doivent réprimer les abus de cette liberté. »

236. Mais les esprits étaient alors tellement agités, qu'on pensa qu'il était nécessaire pour la tranquillité publique de modifier temporairement la liberté de la presse. La loi du 21 octobre 1814 ordonna donc que « tout écrit de plus de » vingt feuilles d'impression pourra être publié librement » et sans examen ou censure préalable. »

L'art. 9 ajoute que « les journaux et écrits périodiques ne » pourront paraître qu'avec l'autorisation du Roi. »

Ces dispositions devaient cesser d'avoir leur effet à la fin de la session de 1816, à moins qu'elles ne fussent renouvelées par une loi, si les circonstances les faisaient juger nécessaires.

Par son ordonnance du 20 juillet 1815, le Roi devança ce terme, quant à la première disposition, en renonçant au droit de faire exercer la censure sur les ouvrages, quelles qu'en fussent la nature et l'étendue. Il ne conserva des priviléges que lui accordait la loi du 21 octobre 1814, que celui qui se rapporte à la publication des journaux et écrits périodiques.

237. Ce droit de censure sur les journaux et écrits périodiques, excita de vives réclamations dans les deux cham-

(1) Ce n'était pas seulement sur de prétendues raisons d'état que les consuls s'arrogeaient le droit de supprimer les journaux. Lucien Bonaparte, ministre de l'intérieur, trouva que le journal l'*Ami des Lois*, n'avait pas parlé de l'*Institut* avec *la décence convenable*. Il s'était permis *de verser le ridicule et le sarcasme sur une réunion d'hommes, qui honorent la république par leurs lumières, et qui étendent chaque jour le cercle des connaissances humaines*.

Comme *ami des arts, et défenseur à ce titre de tout ce qui les intéresse*, il demande la suppression de l'*Ami des Lois*; elle fut prononcée par arrêté du 9 prairial an VIII. Il était digne, il était du devoir de l'Institut de réclamer contre un acte arbitraire et injuste.

bres, et après une discussion fort animée, il fut, par la loi du 28 février 1817, prorogé jusqu'au 1er janvier 1818.

Il l'a été de nouveau par la loi du 30 décembre 1817, jusqu'à la fin de la session de 1818; elle vient de s'ouvrir le 10 décembre. Aujourd'hui que la France est tranquille et que son territoire est libre du joug odieux de l'étranger, tout annonce que la censure des journaux ne sera pas prolongée plus long-temps, et que nous allons enfin jouir de la liberté indéfinie de la presse. Une bonne loi sur la répression de ses abus nous permettra d'en goûter tous les avantages sans en éprouver les inconvénients.

238. La liberté de la presse, et surtout celle des journaux ou feuilles périodiques, est avec raison regardée en Angleterre comme le boulevart de la liberté. Elle place tous les hommes publics, dit le dernier auteur qui ait écrit sur la constitution anglaise (1), depuis le ministre d'état jusqu'au simple magistrat d'une corporation, depuis le juge le plus élevé en dignité jusqu'au dernier, dans la nécessité de choisir entre la douce satisfaction, que procure la conscience d'avoir rempli ses devoirs en conformant toujours ses actions à la loi, et l'infamie dont ceux qui ont commis des actes arbitraires et des abus d'autorité, sont, par la révélation de leurs fautes, couverts dans l'opinion publique qui prépare toujours une chute inévitable soit plus tôt, soit plus tard.

239. Il faut le répéter : « La censure sur les actes des pou-
» voirs constitués est permise; mais les calomnies contre la
» probité des fonctionnaires publics et la droiture de leurs
» intentions dans l'exercice de leurs fonctions, peuvent être
» poursuivies par ceux qui en sont l'objet (2). »

Tels sont les vrais principes de la matière : c'est ainsi qu'il arrive assez souvent aux jurisconsultes de censurer avec respect, quoiqu'avec force, les arrêts qui s'écartent de la loi ou des principes, et loin de blâmer une pareille liberté, les magistrats y ont toujours applaudi.

Quant aux actes arbitraires et aux abus d'autorité, il est

(1) Concise view of the constitution of England, by Georges Custance, ch. 23, of the Liberty of press.

Ce n'est eu vertu d'aucune loi que les Anglais jouissent de la liberté de la presse; mais uniquement parce qu'il n'existe plus en Angleterre de lois prohibitives. Les anciennes prohibitions sont *expirées*, dit Blakstone, liv. 4, ch. II, note finale.

(2) Constitution de 1791, chap. 5, du pouvoir judiciaire, art. 27. Cet article est encore en vigueur, puisque, loin d'être contraire à la Charte, il est dans une parfaite harmonie avec l'esprit de ses dispositions.

utile de les publier, d'abord pour le gouvernement, afin qu'il puisse les connaître et les punir ; pour les fonctionnaires publics, afin d'avertir ceux qui seraient tentés d'abuser de leur pouvoir, que toutes leurs actions seront connues, et qu'il est une justice qui les atteindra tôt ou tard ; enfin pour les citoyens, parce que cette publicité est une nouvelle sauvegarde pour leur liberté.

240. Le troisième point de la liberté française est la liberté de conscience et la liberté du culte. C'est encore à la révolution que nous en sommes redevables.

Prétendre régler la croyance d'un homme et commander même à ses opinions et à sa conscience, lui prescrire sous des peines graves, et même en certains cas sous peine de mort, la religion qu'il doit suivre, le culte qu'il doit pratiquer, c'est un genre de tyrannie très-ancien en France, et qui avait été le motif ou le prétexte de plusieurs guerres civiles et de persécutions horribles. Ces guerres avaient enfin cessé, la religion n'était plus pour rien dans les troubles qui agitèrent la minorité de Louis XIV. Sous le règne glorieux de ce prince, grand à tant d'autres égards, on n'avait point à craindre que la religion devînt le prétexte de séditions ou d'insurrections qui n'auraient pas eu d'objet, si les non catholiques n'avaient pas été gênés dans leur conscience et dans leur culte, et qui désormais ne pouvaient plus avoir aucune importance, aucune suite dangereuse, puisqu'il n'y avait plus de chefs assez puissants pour les soutenir. La puissance du monarque était montée à un degré de splendeur qui devait dissiper à cet égard toute crainte raisonnable.

Mais on lui persuada qu'il manquait à sa gloire de contraindre tous les Français d'adopter la religion qu'il professait, et d'exterminer l'hérésie.

241. Par le fameux édit du 22 octobre 1685 (1), dont les suites furent si désastreuses pour la France, il révoqua l'édit rendu à Nantes, par le bon Henri IV, en faveur des protestants, et concernant la liberté des consciences ; il défendit l'exercice de toute autre religion que la catholique et romaine ; fit fermer les temples de la religion réformée ; ordonna aux ministres de cette religion qui ne voudraient pas se convertir, de quitter la France dans quinze jours, sous peine des galères ; défendit à tous les

(1) *Voy.* le recueil de Néron, tom. II, pag. 298.

seigneurs d'exercer dans leurs maisons la religion réformée, sous peine de confiscation de corps et de biens ; fit défense à tous les réformés, à leurs femmes et à leurs enfants de sortir de France, sous peine des galères pour les hommes et de confiscation de corps et de biens pour les femmes ; enfin, il ordonna l'exécution des lois, rendues contre les relaps, ainsi appelés du mot latin *relapsus*, *quasi relapsi in errorem*. On appelait relaps ceux qui ayant abjuré la religion protestante, par crainte ou par politique, étaient retombés dans leurs erreurs. La peine était le bannissement à perpétuité, avec confiscation de biens.

242. Cette loi tyrannique fut suivie de lois plus tyranniques (1) ; les biens des églises protestantes, appelées consistoires, ceux des ministres, ceux des émigrés protestants furent confisqués, comme l'ont été pendant la révolution ceux des émigrés royalistes.

Mais les biens des émigrés protestants, et non ceux des ministres, furent bientôt rendus à leurs parents ; les biens des prêtres déportés pendant la révolution ont été rendus à leurs héritiers, ainsi que ceux des émigrés qui n'étaient ni vendus ni affectés à un service public.

Enfin, on en vint à feindre et à supposer qu'il n'existait plus de protestants en France ; on les appela les nouveaux convertis : on leur défendit de disposer de leurs biens, soit par testament, donation ou autre aliénation quelconque.

On défendit même à leurs débiteurs (2) de leur rembourser les rentes qu'ils pouvaient leur devoir, sous peine de nullité du remboursement ; on leur défendit d'avoir des armes à feu dans leurs maisons.

On alla jusqu'à encourager l'odieuse délation, et à donner aux dénonciateurs la moitié des biens des protestants fugitifs ou émigrés.

Si un malheureux, pressé dans son lit de mort par le cri d'une conscience peu éclairée, refusait les sacrements que lui offrait un prêtre catholique, il était, en cas qu'il recouvrât la santé, condamné à faire amende honorable et aux galères perpétuelles (3), avec confiscation de biens ; et s'il mourait, on faisait le procès à son cadavre, et on confisquait ses biens.

(1) *Voy.* Néron, *ubi sup.* et pag. 927.
(2) Néron, *ubi sup.*, pag. 991.
(3) Édit du 29 avril 1686, Néron, pag. 1001. Cette peine fut changée en bannissement perpétuel, par la Déclaration de 1724.

Il faut voir dans l'histoire comment ces odieuses lois furent exécutées, et comment leur rigueur fut augmentée par des exécutions militaires.

243. Les ministres qui dirigèrent la jeunesse de Louis XV, suivirent l'exemple de Louis XIV. Toutes les rigueurs des lois précédentes furent, à quelques légères modifications près, répétées dans la déclaration du 14 mai 1724. On y ajouta pour tous les Français l'incapacité de posséder aucune charge de judicature, et généralement aucun office ou fonction publique, sans avoir une attestation du curé ou du vicaire de leur paroisse, de leurs bonnes vie et mœurs, et de l'exercice actuel de la religion catholique, apostolique et romaine.

Les médecins, chirurgiens, apothicaires et sages-femmes, les imprimeurs et les libraires, ne pouvaient être admis à exercer leur art et leur profession en France, sans un pareil certificat du curé ou du vicaire.

Cette incapacité a duré jusqu'à la révolution. Ainsi il fallait alors un certificat de catholicité pour remplir une fonction publique, comme pendant les temps d'anarchie il fallait un certificat de civisme. La tyrannie change d'objet, sa marche est toujours la même.

244. La rigueur des lois rendues contre les non catholiques les avait en grande partie fait tomber en désuétude, en ce qui concerne la partie pénale. Mais leurs mariages, qu'une conscience abusée ne leur permettait pas de contracter devant des prêtres catholiques, n'étaient aux yeux de la loi que des concubinages; leurs enfants, que des enfants naturels flétris du nom de bâtard, incapables de leur succéder. On voyait des collatéraux avides disputer à ces malheureux l'héritage de leurs père et mère, et prétendre les chasser de la maison qui avait été leur berceau. Les parlements firent cesser le scandale de ces contestations iniques, en déclarant les collatéraux non recevables à disputer aux enfants la succession de leurs père et mère. Le conseil du Roi connivait à cette jurisprudence équitable; tant est grand, contre les mauvaises lois, le pouvoir de l'opinion publique.

Elle commandait depuis long-temps une réforme dans la législation relative aux non catholiques. Des hommes d'état, des magistrats furent chargés de s'en occuper. A leur tête était le vertueux Lamoignon de Malesherbes, homme grand et juste, qui n'a cessé jusqu'à sa mort de combattre l'injustice dans les tribunaux et dans les conseils.

Mais l'intolérance religieuse était en quelque sorte liée aux institutions civiles et politiques. Le clergé catholique était le premier ordre de l'état; il jouissait d'un crédit immense, et il exerçait un grand pouvoir. Le gouvernement n'avait pas assez de vigueur pour vaincre l'opposition que ce grand corps montrait à l'établissement de la liberté du culte; il se borna à rendre, aux non catholiques, la liberté de conscience et les droits de l'état civil que la nature réclamait en leur faveur.

245. Un édit du mois de novembre 1787, permit à ceux qui professaient une autre religion que la religion catholique et romaine, de contracter des mariages légitimes devant le magistrat civil, et donna à ces mariages les mêmes effets qu'à ceux des catholiques, contractés en présence de leurs curés; en conséquence les non catholiques furent autorisés à jouir en France de tous les biens qui leur appartenaient à titre de propriété ou à titre successif, et d'y exercer leur commerce, arts, métiers et professions, à l'exception des charges de judicature et des municipalités dont ils demeurèrent exclus, ainsi que de toutes places qui donnent droit d'enseignement public.

Cette loi n'établit pas la liberté du culte; elle voulut (art. 1er.), que la religion catholique et romaine continuât à jouir seule du culte public; disposition qui permettait au moins implicitement le culte privé des autres religions. Il fut défendu aux ministres ou pasteurs non catholiques de porter en public un habit différent de celui des laïques; ainsi l'existence de ces ministres fut reconnue, et la peine de mort portée contre eux par les anciennes lois implicitement abrogées.

246. Enfin la liberté de conscience et celle du culte furent entièrement établies par la première assemblée constituante, qui proclama comme un droit imprescriptible de l'homme (1), qu'il ne peut être inquiété pour ses opinions religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public. Cette même assemblée mit au nombre des dispositions fondamentales garanties à tous les Français, le droit civil et naturel d'exercer le culte religieux, auquel il est attaché.

247. Mais dans le même temps elle changea la constitution civile du clergé, et voulut s'assurer, par un serment,

(1) Art. 10 de la Déclaration des droits de l'homme.

de la fidélité des ecclésiastiques dont elle changeait la situation et l'état. La plupart refusèrent de prêter le serment, dont la formule répugnait à leur conscience.

Les prêtres français se trouvèrent ainsi divisés en deux classes, celle des assermentés et celle des non assermentés. Les fidèles se divisèrent d'opinions comme les ministres. L'opposition qui existait entre les divers intérêts politiques, rendit plus vive celle qui existait entre les divers intérêts religieux. Les esprits s'aigrirent, les discussions théologiques prirent un caractère qui inspira des alarmes.

De-là des persécutions, des déportations, des proscriptions, des troubles civils, des dissensions religieuses qui devinrent le fléau des familles et des factions (1).

Une politique insensée tenta d'étouffer ces troubles sous les débris des autels et sous les ruines de la religion même. Jamais les consciences ni le culte ne furent moins libres. Le désordre était à son comble, lorsqu'une heureuse révolution plaça la France sous un meilleur génie.

248. Bonaparte n'étant encore que premier consul, vit le mal et sentit la nécessité de rétablir la religion et le culte.

Le gouvernement s'entendit avec le Saint-Siége, et cette négociation produisit le concordat ou la convention, passée entre Sa Sainteté Pie VII et le gouvernement français, le 26 messidor an IX, le 15 juillet 1800.

Le Souverain Pontife ratifia ce concordat par une bulle donnée à Rome le 18 des calendes de septembre 1801, et cette bulle fut publiée à Paris par S. Em. le cardinal Caprara, légat du Saint-Siége, le 9 avril 1802.

Le concordat fut érigé en loi de l'état, par un décret du corps législatif du 18 germinal an X (8 avril 1802), promulgué le 28 du même mois (18 avril 1802.)

On y reconnaît que la religion catholique, apostolique et romaine, est la religion de la grande majorité des Français, et l'article 1er. porte, qu'elle sera librement exercée en France; que son culte sera public, en se conformant aux règlements de police que le gouvernement jugera nécessaires pour la tranquillité publique.

Cette loi ajouta au concordat des articles organiques, par lesquels, outre ce qui concerne le culte catholique, on régla les cultes protestants.

(1) *Voy.* la Proclamation des consuls du 27 germinal an X.

249. C'est avec raison que l'on considère en France, la liberté de conscience et la liberté du culte, comme un point essentiel et fondamental.

La religion consiste en deux points principaux, 1°. dans les idées que nous avons de la divinité et dans les jugements que notre esprit s'en forme.

2°. Dans le culte que nous croyons devoir lui rendre.

Les idées que nous avons de la divinité dépendent de notre intelligence, à laquelle aucune puissance humaine ne peut commander. Il n'est pas plus raisonnable de commander à l'homme de croire ce qu'il ne croit pas, ce qui ne lui paraît pas évident, que de commander à l'œil de voir ce qu'il n'aperçoit pas.

Il ne faut donc pas chercher à contraindre l'homme dans sa croyance; il faut l'éclairer, le convaincre, le persuader. Les menaces, la force, les violences, les supplices, sont également inutiles et injustes. Inutiles, parce qu'ils ne sauraient produire une persuasion réelle et sincère. Injustes, parce qu'ils sont directement contraires au droit naturel de l'homme.

Quant au culte, il est intérieur ou extérieur.

Le culte intérieur consiste dans les sentiments de respect, de crainte, d'amour et de reconnaissance que nous avons pour la divinité.

Ces sentiments ne sont pas plus susceptibles de contrainte que notre croyance : comme elle, ils dérivent de notre intelligence qu'on peut éclairer, mais non pas contraindre.

Le culte extérieur consiste dans les actions extérieures, que nous croyons propres à nous rendre la divinité favorable, et à lui témoigner les sentiments de vénération dont nous sommes pénétrés. La loi peut défendre la publicité d'un culte qui troublerait l'ordre public, mais elle ne peut commander à l'homme un culte contraire (1) aux idées qu'il s'est formées de Dieu et de ses attributs. Elle peut seulement, elle doit commander à tous les citoyens de respecter les religions et les cultes autorisés dans l'état, et de ne pas troubler les particuliers dans la manière d'honorer Dieu (2).

(1) La Cour de cassation a pensé qu'on ne pouvait contraindre un protestant à tapisser l'extérieur de sa maison pour aucune fête. En conséquence elle a cassé le 20 novembre 1818 un jugement du tribunal correctionnel d'Apt, qui avait condamné un protestant pour ne s'être pas conformé à un arrêté du maire de Lourmarin, qui enjoignait aux habitants de tapisser devant leurs maisons pour la procession de la Fête-Dieu. Il faut voir les motifs de cet arrêt.

(2) On lit dans la vie de Fénélon, par Ramsay, que Jacques III, appelé le Prétendant, fils de Jacques II, roi d'Angleterre, voyageant sous le nom du

250. Quelque fière que l'Angleterre soit de sa liberté, celle du culte n'y est point légalement établie. Il existe au contraire contre les non conformistes et notamment contre les catholiques romains, des lois tellement sévères, que, suivant l'expression de Montesquieu, sans être précisément sanguinaires, elles font tout le mal qui peut se faire de sang-froid.

Blackstone, d'ailleurs admirateur outré des institutions de son pays, n'a pu sur ce point justifier les lois anglaises, qu'en disant qu'elles sont rarement exécutées dans toute leur rigueur : mais il avoue que si on les suivait à la lettre, il serait très-difficile de les excuser (1).

251. La propriété est le troisième des droits absolus de l'homme.

Considérée comme un droit naturel et absolu, c'est la faculté de jouir paisiblement des biens que l'on possède, sans pouvoir être contraint de les céder contre son consentement.

Considérée comme un droit civil, c'est la faculté d'acquérir et de posséder des biens, de les aliéner, d'en disposer à titre onéreux ou gratuit, entre vifs ou par testament, néanmoins suivant la loi.

La propriété, qui prend son origine dans le droit naturel, a reçu sa perfection du droit civil, qui l'a rendue permanente. Nous en expliquerons l'origine et les progrès dans le second livre.

Le droit de propriété comprend la faculté de recueillir les successions, les legs, les donations entre vifs, etc. ; de transmettre ses biens par les mêmes moyens, d'acquérir par prescription, etc.....

Ainsi ce droit absolu dans son origine prend dans la société un caractère relatif. Il y subit des modifications presque infinies qui le rendent tellement compliqué, que la plupart des contestations qui naissent entre les hommes, ont la propriété pour objet.

chevalier de Saint-Georges, était allé à Cambrai pour y voir Fénélon, et que ce sage prélat lui recommandait sur toutes choses de ne jamais forcer ses sujets à changer de religion. « Nulle puissance humaine, disait-il, ne peut » forcer les retranchements impénétrables de la liberté du cœur. La force ne » peut jamais persuader les hommes, elle ne fait que des hypocrites. Quand » les rois se mêlent de la religion, au lieu de la protéger, ils la mettent » en servitude. *Accordez donc à tous la liberté civile*, non en approuvant » tout comme indifférent, mais en souffrant avec patience tout ce que Dieu » souffre, et en tâchant de ramener les hommes par une douce persua- » sion. »

(1) Liv. 4, chap. 4, tom. IV, pag. 57, édit. in-8°. Londres, 1783.

CHAPITRE PREMIER.

De la jouissance des droits civils, et de la manière de les acquérir.

SOMMAIRE.

252. Deux espèces de droits relatifs, droits civils et droits politiques.
253. Énumération des principaux droits civils.
254. Quels sont les droits politiques.
255. Comment s'acquérait la qualité de citoyen sous la constitution de l'an VIII.
256. L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen.
257. Importance de cette qualité sous la constitution de l'an VIII, relative aux témoins instrumentaires appelés par les notaires.
258. La Charte n'a point déterminé comment s'acquiert la qualité de citoyen. il faut attendre la loi à intervenir sur cet objet.
259. Tout Français jouit des droits civils. Les enfants légitimes suivent la condition de leur père.
260. Les enfants naturels, non reconnus par le père, celle de la mère.
261. De l'individu né en France d'un père étranger.
262. De l'individu né en France d'une mère étrangère et d'un père inconnu.
263. De l'enfant né en pays étranger d'un Français qui a perdu la qualité de Français.
264. Comment s'opère la naturalisation.
265. De l'étranger qui n'est ni naturalisé, ni autorisé à demeurer en France.

252. Après avoir expliqué les droits absolus que l'homme tient de la nature, nous passons aux droits relatifs dont il jouit dans l'état civil.

253. Ces droits sont de deux espèces : les droits civils, ainsi spécialement appelés par opposition aux droits politiques. Les droits civils sont assez multipliés; il serait même assez difficile d'en faire une énumération complète. Nous indiquerons seulement les principaux : tels sont le droit de puissance paternelle ou maritale, tous les droits de famille ; ceux d'être nommé tuteur ou curateur, de voter dans le conseil de famille, etc. ; le droit de succéder, de disposer de ses biens, et d'en recevoir par donation entre vifs ou par testament, etc.

255. Les droits politiques sont le droit de suffrage que le citoyen exerce dans les assemblées électorales, celui d'être élu et admissible à tous les emplois, à toutes les dignités, celui de concourir en qualité de témoin aux actes authenti-

ques reçus par un notaire. (Art. 9 de la loi sur le notariat, du 25 ventôse an XI.)

255. Tout citoyen est Français, et jouit du libre exercice des droits civils.

Mais tout Français n'est pas citoyen, il est seulement habile à le devenir.

La qualité de Français s'acquiert par la naissance seule : il n'en est pas ainsi de la qualité de citoyen ; elle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément aux lois, qui exigent d'autres conditions que celle de la naissance.

Suivant l'article 2 de la constitution de l'an VIII, « tout » homme né et résidant en France, qui, âgé de vingt-un » ans accomplis, s'était fait inscrire sur le registre de son » arrondissement communal, et qui avait demeuré, depuis, » pendant un an sur le territoire de la république, était » citoyen français. »

Ainsi les Français n'acquéraient la qualité de citoyen que par l'inscription de leur nom sur le registre civique après l'âge de vingt-un ans. Celui qui négligeait de se faire inscrire n'était pas citoyen; il ne jouissait pas des droits politiques, quoiqu'il jouît des droits civils.

Si la qualité de Français et celle de citoyen ne s'acquièrent pas de la même manière, il y a aussi des différences remarquables dans la manière dont on perd l'une ou l'autre de ces qualités.

On perd la qualité de citoyen quand on perd la qualité de Français ; mais on peut perdre celle de citoyen sans perdre celle de Français : par exemple, toute condamnation à des peines afflictives ou infamantes, fait perdre la qualité de citoyen, et cependant la condamnation à des peines infamantes ne fait jamais perdre la qualité de Français.

Et quant aux peines afflictives, elles ne font perdre la qualité de Français, qu'autant qu'elles emportent la mort civile.

256. Il est donc vrai que l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, comme le dit l'art. 7 du Code.

Enfin, ces droits sont tellement indépendants les uns des autres, que le domicile civil et le domicile politique, c'est-à-dire celui où s'exercent les droits civils, et celui où s'exercent les droits politiques, peuvent être différents (1), et sont indépendants l'un de l'autre.

(1) *Voy.* l'article 102 du Code civil, et l'art. 3 du décret du 17 janvier 1806.

257. Cette distinction entre les Français qui ont acquis la qualité de citoyen et ceux qui ne l'ont pas acquise était importante, surtout à l'égard des témoins qui assistent un notaire dans la réception des actes authentiques. L'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, exige que ces témoins soient *citoyens français*, et l'article 68 veut que cette disposition soit exécutée sous peine de nullité (1); mais l'article 980 du Code fait une exception à l'égard des témoins appelés pour assister à un testament. Il suffit qu'ils jouissent des droits civils: il n'est pas nécessaire qu'ils jouissent des droits politiques.

258. Ce que nous venons de dire était sans difficulté sous l'empire de la constitution de l'an VIII; mais on ne peut plus l'invoquer aujourd'hui; il n'existe plus de registre civique, et la Charte qui forme notre seule constitution, garde le silence sur la manière dont s'acquiert la qualité de citoyen. Nous devons attendre qu'une loi ait réglé ce point important. En attendant, nous devons remarquer ici que la loi sur les élections n'accorde le droit de suffrage dans les assemblées électorales, qu'à ceux qui paient 300 francs de contributions directes. Retournons aux droits civils.

259. Tout Français doit jouir des droits civils (art. 8), et la qualité de Français s'acquiert par la naissance ou par la naturalisation. Les enfants légitimes suivent en tout la condition de leur père (2).

Il en est de même des enfants naturels légalement reconnus, en ce qui concerne la qualité de Français; ainsi l'enfant né d'un Français, en pays étranger, même hors mariage, est Français (art. 10).

260. Les enfants naturels qui ne sont pas légalement reconnus par leur père, suivent la condition de leur mère; ainsi (3) l'enfant né en pays étranger d'une mère française et d'un père inconnu, est Français.

(1) *Voy.* Jaubert, Exposé des motifs, tom. IV, pag. 351, édit. de Didot; Grenier, des Donations, tom. II, pag. 45 et 46.

Les citoyens qui assistent un notaire dans la rédaction des actes, exercent, comme lui, une portion de la puissance publique, puisqu'ils coopèrent à rendre un acte authentique et à lui conférer l'exécution parée. Or, toutes les fonctions qui ont du rapport avec l'exercice de la puissance publique, sont des droits politiques qui ne peuvent appartenir qu'aux citoyens.

(2) *L. 17, ff. Stat. hom. Cùm legitimæ nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur.*

(3) *Vulgò quæsitus matrem sequitur. Ibid. Lex naturæ hæc est ut qui nascitur sinè legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducat. L. 23, ibid.*

261. Tout individu né en France d'un père étranger, pourra devenir Français, et *réclamer* cette qualité dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, en déclarant à la municipalité du lieu où il réside, que son intention est de fixer son domicile en France, et, dans le cas où il résiderait en pays étranger à l'époque de sa majorité pourvu qu'il fasse sa soumission de fixer son domicile en France, et qu'il l'y établisse réellement dans l'année à compter de l'acte de soumission.

S'il laisse passer l'année qui suit sa majorité sans faire sa déclaration ou sa soumission de fixer son domicile en France, il est déchu de cette faculté que la loi faisait dépendre d'une condition qu'il n'a pas remplie; et s'il veut, après cette époque, être admis à la qualité de Français, il doit remplir les formalités prescrites aux étrangers qui veulent se faire naturaliser.

Pendant la minorité, sa qualité est en suspens; s'il décède mineur ou dans l'année qui suit l'époque de sa majorité, mais avant d'avoir réclamé la qualité de Français, il n'en aura jamais joui, parce qu'il ne pouvait l'acquérir que par l'accomplissement de la condition imposée par la loi.

Mais si, devenu majeur, il accomplit cette condition, l'effet en remonte au jour de sa naissance, suivant la nature de toutes les conditions suspensives.

Cette observation est importante à cause des successions qui peuvent lui échoir, ou des legs qui pourraient lui être faits avant l'accomplissement de la condition; ceci est une conséquence de l'art. 20.

Cet article dispose que tous les individus qui recouvreront la qualité de Français, dans les cas prévus par les articles 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions, etc., et seulement pour l'exercice des droits ouverts depuis cette époque; mais il n'applique point cette disposition aux individus qui se trouvent dans le cas de l'article 9. Dans les cas des articles 10, 18 et 19, les individus *recouvrent* la qualité de Français qu'ils ont perdue; dans le cas de l'article 9, ils *réclament* la conservation de cette qualité, que leur naissance leur a donnée (1).

262. L'enfant né en France d'une mère étrangère, mais d'un père inconnu, doit jouir des mêmes prérogatives que l'enfant né en France d'un père étranger.

(1) M. de Maleville, sur l'art. 9, dit que la loi ne s'explique pas sur l'état de ces enfants pendant leur minorité. Mais en comparant l'art. 20 avec l'art. 9, et en pesant leurs expressions, la question nous paraît résolue.

293. L'enfant né en pays étranger d'un Français d'origine qui a perdu la qualité de Français, peut *toujours* recouvrer cette qualité, pourvu qu'après être parvenu à sa majorité, il fasse sa déclaration ou sa soumission de fixer son domicile en France (art. 10).

Mais en recouvrant cette qualité, il ne peut s'en prévaloir que pour l'avenir et pour l'exercice des droits échus depuis sa soumission ou déclaration (art. 20), qu'il ne peut faire avant sa majorité, parce qu'avant cette époque il n'a point de volonté légale qui lui soit propre.

Nous avons dit que la qualité de Français s'acquiert par la naissance ou par la naturalisation.

264. La naturalisation s'opère, suivant l'art. 3 de la constitution de l'an VIII (1), lorsqu'un étranger après avoir atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, y a résidé dix années consécutives; délai que le gouvernement peut abréger et réduire à une année, en faveur de ceux qui ont rendu des services à l'état, ou qui apportent en France des talents, des inventions ou une industrie utile, ou qui y forment de grands établissements.

L'étranger acquiert, même avant sa naturalisation opérée, la jouissance de tous les droits civils pendant qu'il conserve son domicile en France, pourvu que le gouvernement l'ait admis à s'y établir (art. 13).

La naturalisation s'opère de suite et de plein droit par le mariage d'une étrangère avec un Français, parce que la femme suit la condition de son mari (art. 12).

Enfin, la naturalisation s'opère par la réunion légale d'un pays à la France. Les naturels du pays réuni deviennent Français à l'instant de la réunion, et jouissent de tous les droits civils et politiques attachés à cette qualité.

265. L'étranger qui n'est ni naturalisé ni autorisé à demeurer en France, n'y jouit que des mêmes droits civils, qui sont ou qui seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle il appartient (art. 11) (2).

Mais il ne suffirait pas que ces droits fussent accordés aux

(1) Sur les formalités relatives à la naturalisation, *voy.* le décret du 17 mars 1809.

(2) Cet article est tiré du Code prussien, traduit et publié par ordre du ministre de la justice, et imprimé en l'an IX, imprimerie de la république. *Voy.* tom. 1, 1re. part., pag. 401, no. 40. Il faut joindre à l'art. 11 les art. 726 et 912, et les art. 170 et 2123.

Français par les lois particulières du pays de l'étranger (1).

Comme toutes les nations civilisées ont réciproquement admis les individus des autres nations à un commerce plus ou moins étendu, tout étranger jouit du droit civil de traduire les Français devant les tribunaux de France, pour les obligations contractées par ces derniers, même en pays étranger (art. 15).

Mais, à l'exception des matières de commerce, l'étranger demandeur doit donner caution pour le paiement des frais et des dommages et intérêts résultant du procès (art. 16). Le jugement qui ordonne la caution, fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera fournie. Le demandeur qui consigne cette somme ou qui justifie que ses immeubles situés en France, sont suffisants pour en répondre, est dispensé de fournir caution (2). (Code de procédure, article 167.)

En retour, l'étranger, même non résidant en France, peut être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées envers un Français, soit en France, soit en pays étranger. (Art. 14.)

Mais un étranger qui aurait contracté en France avec un autre étranger, ne pourrait contraindre son adversaire à plaider devant les tribunaux français, à moins qu'il ne s'agît de matières commerciales ou maritimes (3).

La citation donnée à un étranger qui n'a pas de domicile en France, doit être donnée au domicile du procureur du Roi, près le tribunal où la demande sera portée (4).

Elle doit l'être dans le lieu où l'étranger a ou a eu son domicile (5) ou sa résidence en France; dans le lieu où le contrat a été passé, ou dans celui où il possède des biens.

(1) *Voy.* l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1806, et les conclusions de M. Merlin, sur lesquelles il fut rendu. Sirey, an 1806, 1re. part., pag. 257 et suiv. *Voy.* aussi le décret du 19 février 1806.

(2) M. Delvincourt, sur l'art. 16, dans ses Institutes, tom. 1, pag. 19, note 7, 7e. édit. in-4°. de 1809 pense que la justification de cette propriété ne serait pas suffisante, et qu'il faudrait de plus qu'il fût passé un acte ou rendu un jugement en vertu duquel le défendeur pût prendre une inscription hypothécaire : la loi ne dit point cela, et, en général, il ne faut point ajouter à sa rigueur. La caution n'est point obligée à donner une hypothèque.

(3) *Voy.* l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 22 janvier 1806, sur les conclusions de M. Merlin. Sirey, an 1806, 1re. part., p. 263.

(4) *Voy.* l'art. 69, §. 9 du Code de procédure, et l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 5 août 1807. Sirey, an 1807. Décisions diverses, pag. 124.

(5) Arrêt de la Cour de cassation du 8 thermidor an XI. Sirey, an XI, pag. 368.

Mais la disposition de l'art. 14 n'est pas applicable aux Suisses, parce qu'il y a été dérogé par le traité conclu entre les deux nations en l'an XII (1).

CHAPITRE II.

De la privation des droits civils, ou de la manière dont ils se perdent.

La jouissance des droits civils est attachée à la qualité de Français. Cette qualité se perd par l'abdication ou par la mort civile.

Ces deux moyens de perdre la qualité de Français sont la matière des deux sections de ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE.

De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français.

SOMMAIRE.

266. C'est le hasard de la naissance qui donne à l'homme une patrie, en le plaçant dans telle société civile plutôt que dans telle autre. Or, comme personne ne peut être contraint de demeurer en société, tout homme est libre d'abdiquer sa patrie (2), pour en choisir une autre, hors les cas où son abdication dégénèrerait en désertion.

(1) *Voy.* Maleville sur l'article 17.

(2) *Voy.* Grotius, Droit de la guerre et de la paix, liv. 2, chap. 5, §. 24, et *ibi* Barbeyrac et Heineccius; Puffendorff, Droit de la nature et des gens, liv. 8, chap. 11; Devoirs de l'homme et du citoyen, liv. 2, ch. 18, §. 15; et *ibi* Barbeyrac. Wolff, part. 7, pag. 187 et suiv. Cicéron, cité par Grotius, *ubi sup.* Merlin, Nouv. Répert., v°. *Souveraineté.* C'est cette faculté d'abdiquer la patrie qui rend plus sacrée l'obligation d'obéir aux lois, comme l'observe fort bien Socrate dans Platon, *in Critone.* Il fait parler les lois : « Nous

267. L'abdication de la patrie est expresse, ou tacite et présumée.

L'abdication expresse est infiniment rare : on n'en connaît, dans les temps modernes, que le seul exemple donné par Jean-Jacques Rousseau ; et cet exemple, peu louable, n'aura point sans doute d'imitateurs.

268. L'abdication tacite se présume suivant l'art. 17 du Code :

1°. Par la naturalisation acquise en pays étranger ; car personne ne peut avoir deux patries (1).

2°. Par l'acceptation, non autorisée par le gouvernement français, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.

Par cette acceptation imprudente, on contracte, envers un gouvernement étranger, des engagements qui sont ou qui peuvent devenir incompatibles avec la surbordination et la fidélité qu'on doit à celui de son pays (2).

3°. Par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour ; parce qu'alors on a rompu tous les liens qui attachaient à la patrie.

Mais les établissements de commerce ne peuvent jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour. (Art. 17.)

4°. L'abdication est encore présumée quand une Française épouse un étranger. Elle a dû savoir qu'une femme suit la condition de son mari. (Art. 19.)

Si elle devient veuve, elle recouvrera de suite la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du gouvernement.

269. Ces abdications présumées ne font point perdre irrévocablement la qualité de Français ; ceux qui l'ont perdue peuvent *toujours* la recouvrer en rentrant en France, avec l'autorisation du Roi, et en déclarant qu'ils veulent s'y fixer.

270. Mais comme leur réintégration ne doit pas être un

» l'avons permis, au cas que notre administration politique ne te convînt
» pas, de te retirer et de t'établir où tu le jugerais plus avantageux. Les portes
» d'Athènes sont ouvertes à quiconque ne s'y plaît pas ; mais y rester avec
» une parfaite connaissance, c'est consentir tacitement à se soumettre à tout
» ce que nous pourrons ordonner. »

Traduction de Mendels-Sohn, dans la vie de Socrate, pag. 77, Paris 1772.

(1) *Voy.* les Antiquités d'Heineccius, liv. 1, tit. 16, §. 10.

(2) La disposition de l'art. 77, qui faisait perdre la qualité de Français par l'affiliation à toute corporation étrangère, qui exigerait des distinctions de naissance, a été retranchée du Code par la loi du 3 septembre 1807.

signal de trouble et de discorde dans les familles (1), ils n'acquièrent la jouissance que des droits ouverts à leur profit depuis leur réintégration : tous les droits ouverts auparavant sont irrévocablement perdus pour eux.

271. Il est une sorte d'abdication plus répréhensible ; c'est celle des Français qui, sans l'autorisation du gouvernement, prendraient du service militaire chez l'étranger, ou qui s'affilieraient à une corporation militaire étrangère, et qui, par cette imprudence, ou plutôt par cette faute, s'exposeraient à porter les armes contre leur patrie ; la loi les en punit en les réduisant à une qualité pire que celle d'étranger. Non-seulement ils perdent la qualité de Français, et ils ne peuvent la recouvrer qu'en rentrant en France, avec la permission du gouvernement, mais, de plus, il faut qu'ils remplissent les conditions imposées à l'étranger *pour devenir citoyens* ; c'est-à-dire, qu'ils ne redeviennent Français et qu'ils ne jouissent des droits civils qu'après avoir résidé en France pendant dix années consécutives, depuis leur rentrée et leur déclaration de vouloir s'y fixer, comme l'étranger ne devient citoyen qu'après le même délai (art. 21).

Au lieu que l'étranger résidant en France jouit de tous les droits civils, aussitôt qu'il a été admis par le gouvernement à établir son domicile en France, et pendant qu'il continue d'y résider. (Art. 13.)

Il en est de même des individus qui n'ont perdu la qualité de Français que par les autres espèces d'abdications présumées ; ils la recouvrent aussitôt qu'ils ont rempli les conditions qui leur sont imposées. Les Français qui ont pris, sans autorisation, du service militaire chez l'étranger, sont de plus exposés aux peines prononcées, par la loi criminelle, contre les Français qui ont porté ou porteront les armes contre leur patrie.

SECTION II.

De la perte des droits civils par la suite des condamnations judiciaires et de la mort civile.

Il y a des condamnations qui entraînent la perte de tous

(1) C'est dans le même esprit que l'art. 16 du sénatus-consulte du 5 floréal an X, relative à l'amnistie accordée pour fait d'émigration, porte que « les individus amnistiés ne pourront, en aucun cas et sous aucun prétexte, attaquer les partages de présuccession, ou autres actes et arrangements faits entre la république et les particuliers avant la présente amnistie. »

les droits civils ; d'autres qui ne font qu'en suspendre l'exercice ; d'autres qui ne font perdre que les droits politiques et quelques-uns des droits civils, car il est possible que la loi attache à certaines condamnations l'effet de priver le condamné de quelques droits civils, sans le priver des autres, ou des droits politiques seulement sans le priver des droits civils.

Nous examinerons dans cette section :

1°. Ce qu'on appelle *mort civile*, et quelles condamnations emportent la mort civile.

2°. Quand elle commence.

3°. Quels en sont les effets.

4°. Comment elle peut cesser, et quels effets produit la cessation.

5°. Quels sont les effets des condamnations qui n'emportent pas la mort civile.

§. Ier.

Ce qu'on appelle mort civile, et quelles condamnations emportent la mort civile.

272. La perte de tous les droits civils, par suite de condamnations judiciaires, est ce qu'on appelle *mort civile ;* parce que l'individu frappé de ces condamnations, se trouve retranché du sein de la société par la privation de toute participation aux droits civils (art. 22). Si l'homme est encore vivant, la personne de l'associé est morte.

La mort civile était encourue, dans l'ancienne jurisprudence, par la condamnation, soit à la mort naturelle, soit à des peines perpétuelles, telles que les galères ou les travaux publics à perpétuité, et le bannissement de la France, aussi à perpétuité.

Suivant le Code, la condamnation à la mort naturelle emporte la mort civile. (Art. 23.)

Les autres peines afflictives perpétuelles, n'emportent la mort civile qu'autant que la loi y aurait attaché cet effet. L'article 18 du Code pénal ordonne que les condamnations aux travaux forcés à perpétuité, et à la déportation, emporteront la mort civile.

« Néanmoins, le gouvernement pourra accorder au dé» porté, dans le lieu de sa déportation, l'exercice des » droits civils ou de quelques-uns de ces droits. »

La mort civile n'est point une peine, mais seulement la suite ou l'effet de la peine (1) à laquelle l'individu est condamné, et jamais on n'a condamné personne à la mort civile seulement. On ne prononce point, on n'a même jamais prononcé la peine de mort civile; elle est encourue de plein droit par la condamnation à une peine à laquelle la loi a attaché cet effet. La mort civile est l'état où se trouve le condamné après l'exécution de son jugement, soit réelle, soit par effigie.

§. II.

Quand commence la mort civile.

SOMMAIRE.

273. Les condamnations ne suffisent pas pour opérer la mort civile, il faut de plus qu'elles soient exécutées; et la mort civile ne commence, à l'égard des condamnations contradictoires, qu'à compter *du jour* de leur exécution, soit réelle, soit par effigie, suivant l'article 26.

Le législateur a voulu qu'avant de produire leur effet, la société eût connaissance des jugements qui retranchent quelque citoyen de son sein. Si le condamné connaît son état par la prononciation de son jugement, la société ne peut en avoir connaissance que par l'exécution, qui est publique, et qui se fait à la face de la société.

En général les jugements n'ont d'effet qu'après leur signification. La mort civile retranche un homme du nombre des membres de la société. Il y a donc deux parties à qui ce retranchement doit être notifié, le condamné lui-même et la société. La prononciation du jugement faite au condamné, est, à son égard, une notification suffisante

(1) Richer, de la mort civile, pag. 47, 88, 152. *Junge*, art. 22 et 24 du Code civil; art. 13 du Code pénal.

qu'il est retranché de la vie civile; mais elle ne suffit pas pour faire connaître son incapacité à la société. Tant qu'elle sera dans l'ignorance, à cet égard, elle continuera de le regarder comme un de ses membres, avec qui elle peut valablement contracter. Or, cette notification n'a lieu que par l'exécution qui est publique (1).

D'ailleurs, puisque la mort civile n'est autre chose que la suite d'une peine, il est nécessaire que cette peine existe pour que la mort civile puisse exister aussi. La mort civile ne peut donc commencer que par l'exécution (2), puisque l'effet ne peut exister sans la cause qui le produit.

247. Il en résulte qu'un homme qui viendrait à décéder après la prononciation, mais avant l'exécution du jugement, décèderait dans l'intégrité de ses droits, *integri statûs* (3); quand même il décèderait en allant au lieu de son supplice, il aurait recueilli toutes les successions ouvertes depuis son jugement *jusqu'au jour de l'exécution.*

Nous disons *jusqu'au jour*, car l'art. 26 porte que la mort civile est encourue à compter *du jour de l'exécution.* Il ne dit pas *du moment*, ce qui s'accorde avec l'art. 2260, qui veut que la prescription se compte par jours et non par heures. Ainsi la mort civile commence au premier moment du jour de l'exécution et avant qu'elle soit accomplie.

275. Le jour de l'exécution réelle est assuré par le procès verbal que le greffier est obligé de dresser et de transcrire dans les vingt-quatre heures au pied de la minute de l'arrêt. La transcription fait preuve comme le procès verbal même (art. 378 du Code d'instruction criminelle).

L'exécution par effigie qui se faisait autrefois sur l'effigie ou sur l'image du condamné (4), au lieu de l'être sur sa personne, se fait aujourd'hui au moyen d'un extrait du jugement de condamnation, affiché par l'exécuteur des jugements criminels, à un poteau planté au milieu d'une place publique (art. 472). Il est rapporté procès verbal de cette affiche.

Le jour de l'exécution des condamnations à la peine des travaux forcés à perpétuité, n'est pas moins assuré, puisque, suivant l'art. 22 du Code pénal, le condamné, avant de

(1) Richer, de la Mort civile, p. 149.
(2) Ce qui est conforme à l'ancienne jurisprudence fixée par l'arrêt de Duvernais, rapporté par Denisart, v°. *Mort civile*, n°. 26.
(3) Richer, *ibid.*, pag. 153.
(4) *Voy.* la Nouvelle Collection de Jurisprudence de Camus et Bayard au mot *Effigie*.

subir sa peine, doit être attaché au carcan sur la place publique, et y demeurer exposé aux regards du peuple pendant une heure; et il est dressé procès verbal de cette exécution (art. 378 du Code d'instr. criminelle).

Quant à la déportation, il paraît difficile de fixer le jour précis où la condamnation est exécutée.

276. Les condamnations par contumace n'emportent la mort civile, qu'après les cinq ans qui suivent l'exécution du jugement par effigie, et pendant lesquels le condamné peut se présenter (art 27) (1).

Pendant ces cinq années le contumax conserve ses droits civils, mais il est privé de leur exercice (art. 28), *à partir du jour de l'exécution de l'arrêt* (2). Ses biens, considérés et régis comme biens d'absent, sont mis en séquestre sous la garde du directeur des domaines et droits d'enregistrement de son domicile; et le compte du séquestre est rendu à qui il appartient, après que la condamnation est devenue irrévocable par l'expiration du délai donné pour purger la contumace (art. 471).

L'administration des domaines doit, après l'exécution, faire toutes les démarches et actes nécessaires pour mettre sous le séquestre les biens et droits du contumax, et elle doit les gérer et administrer au profit de l'état, jusqu'à l'envoi en possession en faveur des héritiers (3).

277. Mais durant le séquestre, il peut être accordé des secours à la femme, aux enfants, au père ou à la mère du condamné, s'ils sont dans le besoin. Ces secours sont réglés per l'autorité administrative (art. 475, Code d'instruction criminelle), c'est-à-dire par le préfet ou par le conseil de préfecture; et les droits des créanciers légitimes peuvent être exercés après avoir été reconnus par les tribunaux (4).

278. Si le condamné par contumace se présente volontairement dans les cinq années, à compter du jour de l'exécution, ou s'il est saisi et constitué prisonnier dans le même délai, le jugement est anéanti de plein droit et dans tous les points. Dans la condamnation principale, comme dans les condamnations accessoires, telles que les dépens (5), le

(1) *Voy.* Maleville sur cet article.
(2) Code d'instruction criminelle, art. 471 et 472.
(3) Avis du conseil d'état, approuvé le 20 septembre 1809.
(4) Avis du conseil d'état, approuvé le 20 septembre 1809.
(5) Locré, Esprit du Code civil, sur l'art. 31 pag. 449, tom. 1, édit. in-8°.

condamné n'est plus et n'a jamais été qu'un simple accusé, il est remis en possession de ses biens. Les actes qu'il avait faits pendant la contumace, qui le constituait dans un état d'interdiction légale, reprennent toute leur force, à l'exception de ceux qui seraient jugés frauduleux (1). Il est jugé de nouveau; et si par ce nouveau jugement il est condamné à la même peine, ou à une peine différente, emportant également la mort civile, elle n'aura lieu qu'à compter du jour de l'exécution du second jugement (art. 29 du Code civil).

Si le condamné meurt dans le délai de grâce des cinq années, sans s'être représenté, sans avoir été saisi ou arrêté, il est réputé mort dans l'intégrité de ses droits; son testament est valide, ainsi que les autres actes faits depuis sa condamnation, toujours les cas de fraude exceptés. Le jugement de contumace est anéanti complètement et de plein droit, comme dans les cas où il se serait représenté, sans préjudice néanmoins de l'action de la partie civile, pour la réparation civile du délit, et cette action ne peut être intentée contre les héritiers du condamné que par la voie civile.

Mais la partie civile peut se servir des preuves que lui offrent les procès verbaux de la police judiciaire (2).

§. III.

Quels sont les effets de la mort civile?

SOMMAIRE.

279. L'énumération des effets de la mort civile contenue dans l'article 25, est énonciative et non limitative.
280. Effet général de la mort civile.
281. Effets particuliers, perte des propriétés, comme dans le cas de mort naturelle.
282. Incapacité de succéder et de transmettre sa succession, de faire ou de recevoir des donations entre vifs ou testamentaires.
283. Incapacité d'être tuteur, témoin, de procéder en justice, autrement que par un curateur.
284. Incapacité de contracter un mariage qui produise les effets civils, hors le cas de la bonne foi de l'autre époux.
285. Les mariages contractés avant la mort civile sont dissous quant aux effets civils, non quant au lien. Les mariages contractés depuis sont nuls quant aux effets civils, non quant au lien.

(1) Locré, pag. 437, tom. 1, sur l'art. 29.
(2) Locré, *ibid.*, tom. 1, édit. in-8°., pag. 450, sur l'art. 31, *in fine*.

279. Nous avons vu que la mort civile est le retranchement absolu de la société, et qu'elle prive le condamné de toute participation aux droits civils. L'article 25 fait une énumération des droits dont la mort civile emporte la privation. Mais cette énumération n'est pas limitative, comme on pourrait le croire en la rapprochant de l'art. 22 qui porte : Les condamnations à des peines dont l'effet est de » priver le condamné de toute participation aux droits civils » *ci-après exprimés*, emportent la mort civile. »

Il résulte de la discussion faite au conseil d'état (1), que l'intention ne fut point de faire une énumération limitative des droits dont la mort civile prive le condamné, parce qu'il est difficile d'en faire une exacte et complète, sans en omettre aucun. On crut néanmoins devoir énumérer ces principaux droits, pour prévenir les doutes qui s'élevaient sur les effets les plus ordinaires de la mort civile, tels que le mariage, l'ouverture des gains de survie. Les principes n'étaient point assez certains pour se dispenser de les fixer ; mais on reconnaissait qu'une énumération limitative aurait le grand inconvénient de faire tourner les omissions à l'avantage du condamné. Disons donc que l'énumération de l'art. 25 n'est qu'énonciative, et que le condamné est privé de tous les droits civils, même de ceux qui ne se trouveraient pas compris dans cette énumération.

280. L'effet général de la mort civile est que les individus qui en sont frappés ne sont plus au rang des personnes de la société, *personam non habent* (2). Ils conservent la qualité d'homme, que la loi ne peut leur ôter. Elle leur retire les droits civils qui sont son ouvrage, mais elle ne peut leur ôter les droits que la loi naturelle attache à la qualité d'homme. »

Ainsi ils jouissent du droit de sûreté, si ce n'est en ce qui concerne l'exécution de leur condamnation. Les attentats commis contre leurs personnes sont punis, comme ils le seraient eux-mêmes s'ils commettaient de nouveaux crimes.

Ils jouissent aussi du droit de liberté, en tout ce qui ne

(1) *Voy.* Locré, tom. 1, pag. 381, sur l'art. 25, n°. 1.
(2) Locré, tom. 1, pag. 384 et 385, édit. in-8°., sur l'art. 25, n°. 2.

concerne pas l'exécution de leur condamnation. Ils peuvent même en jouir d'une manière presqu'absolue et indéfinie, lorsqu'ils ont prescrit contre leur peine (art. 32).

Quant au droit de propriété, ils en sont irrévocablement dépouillés pour le passé, à l'exception des aliments auxquels ils conservent un droit, en qualité d'hommes (1).

Mais ils ne sont pas dépouillés de la faculté d'acquérir à titre onéreux, de posséder, de commercer (2).

281. Après ces notions générales, il faut examiner les effets particuliers de la mort civile. L'art. 25 en énonce neuf :

1°. Le condamné perd irrévocablement la propriété de tous les biens qu'il possédait, Sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus par la loi, de la même manière que s'il était mort naturellement *et sans testament*. Celui qu'il aurait pu faire avant la mort civile devient nul (3), parce qu'il faut avoir la capacité de tester à l'époque de l'acte et à celle de la mort, pour qu'un testament soit valide.

282. 2°. Il ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre à ce titre les biens qu'il a acquis par la suite ; ainsi ses enfants mêmes ne lui succèdent pas. La mort civile détruit toute parenté civile. Il ne reste que la parenté naturelle, qui n'est pas seule une cause de succéder.

3°. Il ne peut disposer de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entre vifs (4), soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliment (art. 25).

Le motif de cette exception vient de ce que la loi ne pouvant méconnaître l'existence naturelle du condamné, ne peut lui défendre de recevoir des aliments (5).

(1) Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, et Tronchet, Procès verbal, pag. 56 et 57. Locré, tom. 1, pag. 385. Art. 33 du Code, et même art. 25. *Versic.* Il ne peut procéder en justice que sous le nom d'un curateur spécial.

(2) Carondas, dans ses observations au mot *Banni*, rapporte un arrêt du 5 juillet 1588, qui juge qu'un homme banni à perpétuité hors de France, pouvait trafiquer par correspondant. *Voy.* Richer, pag. 205 et 206.

(3) Art. 25, v°. *Sans testament.* Maleville, tom. 1, pag. 63, tom. II, pag. 365. Richer, pag. 476, et les lois qu'il cite.

(4) Il y a pourtant une distinction à faire. Les donations d'effets mobiliers qui se consomment par la tradition et qu'on appelle donations manuelles, sont demeurées dans les termes du droit naturel. L'individu mort civilement peut faire et recevoir de pareilles donations, mais non des donations d'immeubles et autres, qui doivent être rédigées par écrit. Celles-là ont reçu leurs formes du droit civil, qui fixe les conditions sous lesquelles elles sont valables. Quoiqu'elles aient leur principe dans la loi naturelle, elles sont devenues des matières de droit civil. Locré, tom. 1, pag. 388.

(5) Autrement, dit-on, au conseil d'état, la loi ne se bornerait plus à le

283. 4°. Il ne peut être nommé tuteur, curateur, ni concourir aux opérations relatives à la tutelle. Les liens de parenté civile qui l'attachaient à une famille sont rompus.

5°. Il ne peut être témoin dans un acte solennel ou authentique, parce qu'il a perdu les droits politiques et civils, avec les qualités de citoyen et de Français.

Il ne peut être admis à porter témoignage en justice. Son crime et sa condamnation ont rendu sa sincérité suspecte. La morale publique repousse le témoignage d'un homme ainsi flétri (1).

Le conseil d'état s'était réservé d'examiner, lors de la discussion du Code criminel, s'il ne convient pas d'admettre une exception pour le cas où l'individu devient témoin nécessaire, dans les affaires criminelles (2). Mais on ne trouve sur ce point aucune disposition dans le Code d'instruction criminelle.

6°. Les capacités naturelles qui restent au condamné, telles que la faculté d'acquérir et de posséder, de recevoir des aliments et de commercer, lui donnent des droits qu'il doit pouvoir défendre en justice.

Mais on n'a pas trouvé convenable qu'il possédât sous son nom ou sous celui d'un mandataire qui le représentât. Il ne peut donc procéder en justice, ni en défendant ni en demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur

frapper de mort civile; elle lui infligerait implicitement la peine de mort, en le privant des moyens de conserver la vie. Locré, tom. 1, pag. 389.

Mais si l'accusé est condamné à mort, et s'est soustrait à la peine, ce raisonnement ne lui est plus applicable. Ne faudrait-il pas faire une distinction entre l'individu condamné à mort contradictoirement, mais qui s'est évadé, et celui qui est condamné par coutumace, qui n'est condamné qu'aux travaux publics ou à la déportation?

Le premier est véritablement mort civilement dans l'acception la plus étendue qu'on puisse donner à ce mot. Le citoyen et l'homme sont morts aux yeux de la loi et du magistrat, qui, loin de lui devoir aucune protection, ne peut s'occuper de son existence que pour l'en faire priver.

Il n'en est pas ainsi de celui qui n'est condamné qu'aux travaux publics. Il perd tous les droits de cité, les droits civils et politiques, et par conséquent les droits de famille. Il perd de plus la liberté; il devient esclave de la peine. Mais enfin en ne le privant pas de la vie, la loi veut qu'il la conserve, et permet qu'il use des moyens d'une légitime industrie pour la conserver. La condition de celui qui est condamné à la déportation est encore plus avantageuse. Il est libre dans le lieu de sa déportation; il peut y jouir de quelques droits civils. Il serait donc raisonnable d'établir des distinctions entre les individus morts civilement. *Voy.* Richer, pag. 206, 207 et 250.

(1) Richer, pag. 251.

(2) *Voy.* Locré, tom. 1, pag. 391.

spécial (1) qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée.

En cela, comme en beaucoup d'autres choses, sa condition est pire que celle d'un étranger.

284. 7°. « Il est incapable de contracter un mariage qui produise *aucun effet civil.* »

Il faut remarquer qu'en refusant tous les effets civils aux mariages contractés depuis la mort civile, on reconnaissait au conseil d'état que ces mariages étaient avoués par la loi naturelle et par la religion (2).

Néanmoins, quoique les enfants qui en sont issus ne soient pas flétris dans l'opinion publique, leur sort, aux yeux de la loi, est le même que celui des enfants nés hors mariage ; ils ont sur les biens de celui de leur père ou mère qui n'est pas mort civilement, les mêmes droits que le Code accorde aux enfants nés hors mariage. Quant aux biens acquis par l'autre époux depuis sa mort civile, comme après le décès, ils appartiennent à l'état ; les enfants n'y peuvent rien prétendre qu'au moyen de la bienfaisance du Roi ; si ce n'est peut-être en cas de nécessité, les aliments que la loi naturelle ne permet pas de leur refuser.

La veuve ne peut également rien prétendre à ces biens, ni aux crédits et billets consentis à son mari mort civilement ; mais il semble qu'on ne pourrait la dépouiller d'aucune partie des meubles qui se trouvent dans la maison qu'elle habite, car son mari étant retranché du sein de la société, la loi ne peut reconnaître qu'elle pour maîtresse de la maison.

Remarquez que si l'un des époux était dans la bonne foi, et s'était marié sans connaître la mort civile de l'autre époux, le mariage produirait tous les effets civils à l'égard des enfants et de l'époux qui est dans la bonne foi. (Art. 201.)

M. Merlin soutient une opinion contraire dans le *Nouveau Répertoire*, au mot *Empêchement*, pag. 509, et au mot *Légitimité*, pag. 207. Une autorité aussi imposante effraie d'abord, mais le principe que j'ai suivi fut professé au con-

(1) Comment et par qui ? *Voy.* un arrêt de Rouen du 12 mai 1808. Sirey, an 1808, 2e part., pag. 218. Il s'agissait du curateur à nommer à un condamné à six ans de fers ; l'arrêt jugea qu'il devait être nommé par les parents, ce qui est conforme à l'art. 29 du Code pénal. Mais le curateur d'un individu frappé de mort civile, doit être nommé par le tribunal. Art. 25 du Code. Cet individu n'a plus de parents.

(2) *Voy.* Locré, tom. 1, pag. 393, sur l'art. 25, no. 3, 7e. effet de la mort civile

seil d'état, séance du 5 vendémiaire an X, tome V, pag. 269. Tronchet dit « qu'un homme mort civilement, ne pou- » vant communiquer les droits de famille, ni par consé- » quent donner à ses enfants le droit de succéder à des » collatéraux, il est inconséquent de supposer que son » mariage aura des effets vis-à-vis des tiers.

» Le citoyen Regnaud dit que ce serait contredire le » principe adopté sur la mort civile, laquelle retranche » tellement un homme de la société, que la loi ne recon- » naît pas ses enfants.

» Le citoyen Réal observe que l'état des enfants pourrait » cependant *être assuré par la bonne foi de l'autre époux.*

» Le citoyen Tronchet dit *que les effets de cette bonne foi* » *sont une exception à la règle générale ; qu'au surplus, ils* » *sont bornés à celui des deux époux qui a été trompé et à* » *ses enfants.* »

Ainsi MM. Tronchet et Réal pensaient que la bonne foi d'un des époux donnait les effets civils au mariage contracté par un individu mort civilement ; et cette opinion ne trouva pas de contradicteurs : c'est dans cet esprit que fut rédigé le titre du mariage.

Dans l'ancien jurisprudence, le mariage contracté depuis la mort civile n'était pas nul, mais il était privé des effets civils ; et la déclaration de 1639 rendait *incapables de toutes successions* « les enfants procréés par ceux qui se » marient après avoir été condamnés à mort..., si, avant » leur décès, ils n'ont été remis au premier état, etc. »

C'est cette *incapacité* générale de toutes successions qui faisait la difficulté, et qui portait quelques auteurs à penser que la bonne foi d'un des époux ne suffisait pas pour rendre aux enfants le droit de succéder, et lever l'incapacité que la loi leur avait imprimée. (*Voyez* Richer, livre III, chapitre 3, page 225.) (1).

Les principes sur les effets du mariage putatif n'étaient alors fixés par aucune loi ; aujourd'hui, l'article 201 dit en général, « que le mariage déclaré nul produit néanmoins les effets civils, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. »

Cette disposition générale n'excepte point le mariage contracté depuis la mort civile.

(1) Pothier, du Mariage, n°. 435, pense que la bonne foi de l'époux trompé donne au mariage les effets civils. *Voy.* aussi Duparc-Poullain, sur l'art. 610 de la Coutume de Bretagne, Conférence, note (*d*), et ses Principes de droit, pag. 132 et 206.

Mais si ces enfants sont légitimes, ils ne succèderont pas aux biens que leur père a acquis depuis la mort civile. L'article 33 du Code donne ces biens à l'État, par droit de déshérence; il autorise seulement à les donner aux enfants.

Ainsi ces enfants succèderont à leur aïeul, mais non à leur père.

285. 8°. Le mariage qu'avait précédemment contracté le condamné est dissous, quant à *tous ses effets civils*, (art. 25) seulement.

Dans le droit romain et dans l'ancienne législation française, le mariage n'était point dissous quant au lien par la mort civile. L'est-il sous l'empire du Code?

Les mariages contractés par les émigrés en pays étrangers, pendant la mort civile, sont-ils nuls?

Nous nous sommes livrés à l'examen approfondi de ces questions, dans une consultation imprimée, délibérée avec MM. Malherbe, Corbière, Lesbeaupin, Carré et Vatard.

Nous croyons y avoir prouvé jusqu'à la démonstration que, suivant les anciennes lois françaises, le mariage n'était point dissous, quant au lien, par la mort civile; que les mariages contractés depuis la mort civile étaient valables, aussi quant au lien, quoique privés des effets civils, mais que ces effets leur étaient rendus lorsque les individus morts civilement étaient rétablis dans leur premier état.

Nous avons prouvé ensuite que les lois intermédiaires respectèrent ce principe; que le Code civil s'est en ce point conformé à l'ancienne législation; et que l'opinion de ceux qui voulaient introduire la nullité, *quant au lien*, des mariages contractés pendant la mort civile, et la dissolution, aussi *quant au lien*, des mariages contractés auparavant, ne fut point admise, dans les conférences tenues au conseil d'état pour la discussion du Code.

Enfin nous avons répondu au préjugé qu'élève, sur ce point, l'arrêt échappé à la cour de Cassation, le 16 mai 1808.

Pour éviter les répétitions et les longueurs, nous renvoyons pour le développement à la consultation citée (1).

286. 9°. Un dernier effet, qui est une suite des précédents, est que l'époux et les héritiers du condamné peuvent

(1) Consultation de plusieurs anciens avocats de Rennes sur la validité des mariages contractés par les émigrés français, etc. (*Voyez* la à fin de ce volume.)

exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture.

Dans l'ancienne jurisprudence, la mort civile ne donnait pas ouverture aux gains de survie : ils ne sont dus qu'en vertu d'une convention ; et la loi ne pouvant rien changer aux conventions, il semblait que ces droits ne pouvaient s'ouvrir que par la mort naturelle, qui est la condition sous laquelle ils ont été stipulés : car les époux ne prévoyaient pas la mort civile de l'un d'entre eux, lorsqu'ils ont contracté.

Mais la loi explique ou supplée en bien des cas l'intention des contractants. Elle fait ici ce qu'eût fait la convention, si les parties avaient pu prévoir la mort civile de l'une d'elles.

287. C'est par la même raison que l'usufruit s'éteint par la mort civile de l'usufruitier, aussi bien que par sa mort naturelle. (Art. 617.)

Il en est de même, en général, de tous les droits auxquels sa mort naturelle peut donner ouverture, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention. Il faut excepter la rente viagère, qui ne s'éteint pas par la mort civile du propriétaire (1), et dont le paiement doit être continué pendant sa vie naturelle, soit à lui si elle a la nature de rente alimentaire, soit, dans le cas contraire, à ses héritiers (2), mais sans être dispensés de prouver l'existence du condamné par un certificat de vie.

Tels sont les effets de la mort civile.

288. On avait proposé de décider, par une disposition générale, que tous les actes d'aliénation faits par l'accusé seraient réputés frauduleux, dans le cas où il est condamné à une peine qui entraîne la mort civile (3).

Mais cette proposition fut rejetée parce qu'elle aurait imprimé à l'accusé une incapacité qui l'eût privé du moyen d'arranger ses affaires, et qui aurait souvent paralysé des transactions légitimes et indispensables. Il eût été étonnant qu'on laissât à l'accusé la puissance paternelle, les droits

(2) Art. 1982.

(2) Maleville, pag. 51, sur l'art. 25. dit que la rente court au profit des héritiers du condamné. Je crois la distinction que je fais dans l'esprit du Code. *Voy.* aussi Richer, pag. 474. Le projet de l'art. 1982 portait que le paiement serait fait à ses héritiers. Cela fut retranché. *Voy.* Maleville sur cet article. Nous verrons au titre de l'usufruit pourquoi il s'éteint par la mort civile de l'usufruitier, à la différence de la rente viagère.

(3) *Voy.* Locré. tom. 1, pag. 408, et Maleville, pag. 62.

de mariage, tous les actes civils, à l'exception de celui que réclame le plus fortement l'intérêt de sa famille.

Ainsi les actes faits par l'accusé, et même par le condamné avant l'exécution de son jugement, ou par le contumax, dans les cinq années que la loi lui accorde pour se représenter, sont valides (1). Ils sont seulement susceptibles d'être annulés, quand les circonstances les accusent de fraude, et qu'ils blessent les droits des tiers.

289. Quant aux testaments, nous avons vu ci-dessus qu'ils deviennent nuls par la mort civile du testateur. Mais ils sont valides, s'il meurt avant la mort civile encourue, parce qu'il meurt dans l'intégrité de ses droits, quand même il se serait volontairement donné la mort, parceque nos lois ne prononcent pas de peine contre le suicide (2). D'ailleurs celui du condamné, quoique bien déplorable aux yeux de la morale et de la religion, n'a rien de dangereux pour la société, qu'il débarrasse d'un membre qui méritait d'en être retranché. Il ne profite qu'aux héritiers, et non au condamné lui-même, il a pour cause la conservation de l'honneur ou l'intérêt des enfants.

§. IV.

Comment la mort civile peut cesser et quels sont les effets de la cessation.

SOMMAIRE.

290. La mort civile cesse de deux manières, mais pour l'avenir seulement.
291. Par la grâce du prince.
292. Par un jugement d'absolution.
293. Effets de la cessation de la mort civile relativement aux biens et aux enfants.
294. La mort civile ne cesse ni par la réhabilitation, ni par la prescription de la peine.

290. Lorsque la mort civile a été encourue, les effets qu'elle a produits sont irrévocables.

L'individu mort civilement ne peut être rétabli dans ses droits civils, que pour l'avenir seulement, et non pour le passé.

Ce rétablissement peut avoir lieu de deux manières, par

(1) Locré, tom. 1, pag. 413. Portatis, cité par Locré, pog. 409.
(2) Locré, pag. 412 et 414.

la grâce du prince, ou par un jugement d'absolution.

291. Par la grâce du prince (1), lorsque le Roi, usant de la prérogative que lui accorde l'art. 67 de la Charte constitutionnelle, juge à propos de faire grâce au condamné.

Si la grâce est accordée avant l'exécution du jugement, il n'y a point de mort civile; le condamné n'a pas perdu un seul instant les droits civils.

Si elle est accordée après l'exécution du jugement, la mort civile a été encourue; le condamné qui obtient grâce ne recouvre les droits civils que pour l'avenir, et à compter du jour de la grâce accordée. Ce jugement conserve pour le passé tous les effets que la mort civile a produits. (Argum. de l'article 30.)

292. La mort civile cesse par un jugement d'absolution, lorsque celui qui est condamné par contumace se présente à la justice, ou est arrêté après les cinq ans, à compter du jour de l'exécution du jugement.

293. S'il est absous par le nouveau jugement, ou condamné à une peine qui n'emporte pas la mort civile, il rentre dans la plénitude de ses droits civils pour l'avenir, et à compter du jour où il aura reparu en justice (2); mais le premier jugement conservera pour le passé les effets que la mort civile avait produits dans l'intervalle écoulé depuis l'époque de l'expiration des cinq ans, jusqu'au jour de sa comparution en justice. (Art. 30.)

Ses biens ne lui sont pas rendus; la mort civile l'en a dépouillé sans retour.

Ses enfants, s'ils sont nés avant l'expiration des cinq ans, sont de plein droit légitimes, en vertu de la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, consacrée par l'art. 312 (3).

Il en est de même des enfants nés dans les trois cents jours depuis l'expiration des cinq années. Quant à ceux qui naissent après les trois cents jours, ils sont aussi légitimes, puisque, ainsi que nous l'avons dit, n°. 232, le lien du mariage n'est pas dissous par la mort civile.

Mais ils ne pourront succéder aux biens qu'avait leur père au moment où sa mort civile a été encourue, puis-

(1) *Voy.* Richer, pag. 517.

(2) Art. 30, Richer, pag. 526. Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. 1, pag. 194. Hevin, sur l'art. 610 de la coutume de Bretagne, tom. 11 de la grande coutume de Duparc, pag. 318.

(3) Locré, tom. 1, pag. 447. sur l'art. 30.

qu'ils n'étaient ni nés, ni conçus à cette époque : ils ne pourront succéder qu'aux biens que leur père aurait acquis depuis la mort civile (1).

294. La mort civile ne peut cesser par la réhabilitation qui, suivant l'art. 619 du Code d'instruction criminelle, n'est établie qu'en faveur de ceux qui ont subi leur peine : ce qu'on ne peut pas dire dans le cas de la mort civile, qui n'est la suite que des peines perpétuelles et non des peines temporaires. (Art. 24 du Code civil.)

Quant à la prescription établie par l'art. 635 du même Code, qui veut que les peines portées par les arrêts ou jugements « rendus en matière criminelle se prescrivent » par vingt années révolues, à compter de la date des » arrêts ou jugements; » non-seulement elle ne fait pas cesser les effets de la mort civile pour le passé, mais elle ne réintègre pas le condamné dans ses droits civils pour l'avenir. (Art. 32 du Code civil) (2).

Il demeure irrévocablement retranché de la société; il ne peut même, en aucun cas, s'il a été condamné par défaut ou par contumace, être admis à se présenter pour purger le défaut ou la contumace, afin de recouvrer l'honneur et son état par un jugement d'absolution. Quelque dur qu'il paraisse de repousser un homme qui veut se justifier, on ne peut plus autoriser à se mettre en jugement, celui qui ne peut plus être condamné (3).

Il demeure libre, puisqu'il a prescrit sa peine; mais il ne peut résider dans le département où demeureraient, soit celui contre la personne ou contre la propriété duquel le crime a été commis, soit ses héritiers directs. (Article 655 du Code d'instruction criminelle.)

Le gouvernement peut même assigner au condamné qui a prescrit sa peine, le lieu de son domicile. (*Ibid.*)

(1) *Voy.* Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. 1, pag. 206.
(2) *Voy.* Locré, tom. 1, pag. 451. Richer, pag. 534.
(3) *Voy.* Locré, tom. 1, pag. 454. La loi du 3 brumaire an IV, art. 480.

§. V.

Quels sont les effets des condamnations qui n'emportent pas la mort civile.

SOMMAIRE.

295. Incapacités qui résultent des condamnations à des peines afflictives ou infamantes.
296. Comment les incapacités peuvent cesser.
297. Incapacités qui peuvent résulter de la condamnation à des peines correctionnelles.

295. Les condamnations à des peines afflictives ou infamantes, qui n'emportent pas la mort civile, font néanmoins perdre au condamné tous les droits politiques attachés à la qualité de citoyen ; elles lui font également perdre plusieurs droits civils, suivant la nature de la peine, et elles suspendent, pendant sa durée, l'exercice de tous les autres droits. « Quiconque aura été condamné à la » peine des travaux forcés à temps, du bannissement, de » la réclusion, ou du carcan, ne pourra jamais être juré, » ni expert, ni être employé comme témoin dans les ac- » tes, ni déposer en justice autrement que pour y donner » de simples renseignements.

» Il sera incapable de tutelle et de curatelle, si ce n'est » de ses enfants, et sur l'avis seulement de la famille.

» Il sera déchu du droit de port d'armes et du droit » de servir dans les armées du royaume. (Article 28 du » Code pénal.)

» Quiconque aura été condamné à la peine des travaux » forcés à temps, ou de la réclusion, sera, de plus, » pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction » légale ; il lui sera nommé un curateur pour gérer et » administrer ses biens, dans les formes prescrites pour la » nomination des curateurs aux interdits. (Art. 29.)

» Ses biens lui seront remis après qu'il aura subi sa peine, » et le curateur lui rendra compte de son administration. » (Art. 30.)

» Pendant la durée de la peine, il ne pourra lui être remis » aucun secours, aucune portion de ses revenus. (Art. 31.) »

Le Code pénal de 1791, part. 1, titre 4, art. 5 et 6, ajoutait que, pendant la durée de sa peine, on peut, en vertu d'un jugement rendu sur l'avis des parents et du curateur, pré-

lever les sommes nécessaires pour élever et doter ses enfants, ou pour fournir des aliments à sa femme, à ses enfants, à ses père ou mère s'ils sont dans le besoin.

Cette disposition qui ne se trouve pas dans le nouveau Code pénal, ne doit pas pour cela être considérée comme abrogée, car elle est fondée sur le droit commun : c'est ainsi que, par l'art. 475 du Code d'instruction criminelle, il peut être accordé des secours à la femme, aux enfants, au père ou à la mère de l'accusé contumax, dont les biens sont séquestrés.

296. Tout condamné à une peine afflictive ou infamante, peut, après avoir subi sa peine, être réhabilité dans les formes prescrites par le Code de procédure criminelle. (Art. 619.)

Cette réhabilitation fait cesser pour l'avenir, dans la personne du condamné, toutes les incapacités qui résultaient de la condamnation. (Art. 633, *ibid.*)

297. Les peines correctionnelles ont même quelquefois l'effet de dépouiller celui qui les a subies de quelques-uns de ses droits.

« Les tribunaux jugeant correctionnellement, peuvent, » en certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exer- » cice des droits civiques, civils et de famille, suivants :

1°. De vote et d'élection ;

2°. D'éligibilité ;

3°. D'être appelé ou nommé aux fonctions de juré, ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois :

4°. De port-d'armes ;

5°. De vote et de suffrage dans les délibérations de famille ;

6°. D'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants, et sur l'avis seulement de la famille ;

7°. D'être expert ou employé comme témoin dans les actes :

8°. De témoignage en justice autrement que pour y faire de simples déclarations. (Art. 42 du Code pénal.)

Mais les tribunaux ne peuvent prononcer ces interdictions, que lorsqu'elles sont autorisées ou ordonnées par une disposition particulière de la loi. (Art. 43, *ibid.*)

TITRE II.

Des actes de l'état civil.

SOMMAIRE.

298. Après avoir vu quels sont les droits civils, comment ils s'acquièrent, comment ils se perdent, il faut voir comment on peut prouver l'état civil.

Telle est la liaison de ce titre avec le précédent.

299. On ne peut prouver son état que de quatre manières:
Par la possession,
Par témoins,
Par des papiers domestiques,
Par des actes publics.

La préférence due à ce dernier genre de preuves, lui a fait donner la prééminence sur tous les autres qui ne sont admis que lorsque celui-ci vient à manquer.

On peut distinguer quatre espèces d'actes qui intéressent l'état civil:
Ceux de naissance,
D'adoption,
De mariage,
De décès.

Mais au moment où la rédaction de ce titre fut arrêtée, la matière de l'adoption était encore en discussion. Il parut prématuré de déterminer la forme des actes qui y sont relatifs, avant de savoir si cette institution sera admise, et à quels actes elle pourrait donner lieu (1).

300. On se borne donc dans ce titre à régler la forme des actes relatifs aux trois grandes époques de la vie, qu'il est toujours nécessaire de constater : la naissance, le mariage et la mort. Il importe également à la société (2), au public,

(1) Thibaudeau, Exposé des motifs, tom. II, pag. 91, édit. de Didot.
(2) Les individus composent les familles, et les familles composent l'État, qui

aux individus et aux familles, que ces trois événemens soient constatés de manière que l'époque n'en puisse être révoquée en doute. La loi n'a point voulu abandonner le soin de les constater et d'en conserver les preuves aux individus ou aux familles intéressées. Elle en a chargé des officiers publics, qu'elle nomme officiers de l'état civil, parce que c'est dans les registres qu'ils tiennent, qu'est contenue la preuve de l'état civil de tous les Français.

Ce serait vainement que les individus ou les familles voudraient constater ces trois grands événements par des actes privés, ou même par des actes publics. Ces actes seraient insuffisants pour établir l'état civil, dont la preuve, sauf les cas d'exception, ne peut régulièrement se tirer que des registres où la loi veut qu'elle soit consignée par les officiers qui en sont chargés.

301. Nos anciennes lois avaient confié aux curés des paroisses la tenue des registres de l'état civil. Il était assez naturel que les mêmes hommes dont on allait demander les bénédictions et les prières, aux époques de la naissance, du mariage et du décès, fussent chargés d'en constater les dates et d'en rédiger les procès verbaux. On convient généralement que les registres de l'état civil étaient bien et fidèlement tenus, par des hommes dont le ministère exigeait de l'instruction et une probité scrupuleuse.

Mais l'assemblée constituante décida qu'il serait établi pour tous les Français, sans distinction, un mode de constater les naissances, les mariages et les décès. La liberté des cultes étant devenue constitutionnelle, il fallait rendre la validité des actes de l'état civil indépendante des dogmes religieux. Dès-lors les registres ne pouvaient plus demeurer dans les mains des curés. La loi du 20 septembre 1792, qui est encore suivie, en confia la garde aux municipalités, et voulut qu'ils fussent tenus et rédigés par des officiers publics purement civils, nommés par les conseils généraux des communes, et qui, en cas d'absence ou d'empêchement légitime, seraient remplacés par le maire, par un officier municipal, ou par un autre membre du conseil général.

est la grande famille ou la réunion de toutes les familles. Chaque individu n'appartient donc pas uniquement à sa famille, il appartient aussi à l'État. « *Non » tantùm parenti cujus esse dicitur, verùm etiam reipublicæ nascitur.* » *L.* 1, §. 15, *ff. de Vent. in posses. mitt.*

Illud considerare oportet nullum nostrûm sibi soli natum esse, sed ortûs nostri partem sibi patriam vindicare, partem parentes, partem amicos. Plato, Epist. IX.

Cet ordre de choses après avoir été modifié par les lois des 19 novembre 1792, 28 nivôse, 14 et 21 fructidor an II, 3 ventôse an III, et 19 vendémiaire an IV, l'a été par la loi du 28 pluviôse an VIII, article 13, qui charge les maires et adjoints de tenir les registres.

Les curés n'ont pas toujours été heureusement remplacés par les officiers civils (1). On a remarqué dans plusieurs communes des inexactitudes, des omissions, des infidélités même, parce que dans les unes ce n'était plus l'homme le plus capable, dans d'autres, le plus moral, qui était chargé des registres. C'est sans doute par cette raison que le Code civil n'a point décidé si les fonctions d'officier de l'état civil resteront dans les mains où les lois antérieures les ont déposées; il s'est borné à prononcer que ces actes seront reçus par les officiers civils, sans désigner ces officiers. C'est un objet réglémentaire qui n'appartient point au Code civil, dans lequel il ne doit entrer que des dispositions fixes et invariables. Nous verrons ci-après à quelle responsabilité ces officiers sont assujettis.

302. Les formalités relatives aux actes de l'état civil sont de deux espèces: les unes sont générales, les autres particulières.

De plus, il peut être nécessaire de suppléer à ces actes, lorsqu'il n'en existe point, ou qu'ils ont été perdus, ou bien de rectifier les erreurs qu'on y aurait commises: ce titre est donc divisé en six chapitres.

Le premier, sous le nom de dispositions générales, contient les règles et les principes communs à tous les actes de l'état civil.

Les 2e. 3e. et 4e. contiennent les règles particulières aux actes de naissance, de mariage et de décès.

Le 5e. règle ce qui concerne les actes de l'état civil des militaires hors du territoire de la république.

Enfin, le 6e. règle les manières de rectifier les erreurs commises dans les actes de l'état civil. Nous y ajouterons la manière d'y suppléer.

(1) Siméon, Exposé des motifs, tom. 11, pag. 109.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales.

SOMMAIRE.

303. Les actes doivent être inscrits sur le registre et non sur feuilles volantes.
304. Comment les registres doivent être tenus, déposés, conservés et vérifiés.
305. Ces registres sont publics.
306. Les extraits de ces registres font foi jusqu'à inscription de faux.
307. De la légalisation, quand elle est nécessaire, et par qui elle est faite.
308. Comment les actes doivent être inscrits et rédigés; ce qu'ils doivent contenir.
309. Quelles personnes peuvent être témoins et leur nombre.
310. Des actes de l'état civil des étrangers ou des Français nés, mariés ou décédés chez l'étranger.
311. L'inobservation des formalités prescrites n'emporte pas la nullité des actes de l'état civil.
312. Responsabilité des personnes chargées de la tenue et de la garde des registres de l'état civil.

303. La principale formalité, commune à tous les actes de l'état civil, est qu'ils soient inscrits sur des registres. (Art. 40.) L'officier public qui se permettrait d'en inscrire sur une feuille volante, pourrait être poursuivi comme nous le dirons ci-après, n° 312.

304. Les autres formalités relatives à la tenue des registres, sont, 1° qu'ils soient tenus doubles par l'officier public de chaque commune. On peut, suivant le plus ou le moins d'étendue de la population, n'avoir qu'un seul registre pour tous les actes civils, ou trois séparés, l'un pour les naissances, l'autre pour les mariages, le troisième pour les décès; mais, dans tous les cas, chaque registre doit être tenu double.

2°. Les registres doivent être côtés par première et dernière, et paraphés sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplace. (Art. 41.)

3°. Ils doivent être clos et arrêtés par l'officier de l'état civil à la fin de chaque année; et dans le mois suivant, l'un des doubles doit être déposé aux archives de la commune, l'autre au greffe du tribunal de première instance. (Art. 43.)

Avec ce dernier double, sont déposées les procurations et les autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes de l'état civil, après avoir été paraphées par la personne qui les a produites, et par l'officier de l'état civil.

Le procureur du Roi, près le tribunal de première instance, est tenu de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en est fait au greffe, de dresser procès verbal sommaire de la vérification; et s'il apercoit des contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil, de requérir contre eux la condamnatiou aux amendess. (Art. 53.)

S'il pensait qu'il y eût lieu d'appliquer une peine afflictive, il devrait renvoyer devant le juge d'instruction, et dénoncer au procureur général.

305. Les registres ainsi tenus sont ouverts au public, et toute personne peut s'en faire délivrer des extraits par les fonctionnaires publics dépositaires de ces registres, c'est-à-dire, par le maire ou par un adjoint délégué du maire, et non par aucun des employés des maires, sous le nom de secrétaire ou autres, parce qu'ils n'ont point de caractère public (1).

Les greffiers des tribunaux de première instance peuvent aussi délivrer des extraits des registres dont les doubles sont déposés dans leurs greffes.

306. Ces extraits, délivrés conformes aux registres et légalisés par le président du tribunal de première instance ou par le juge qui le remplace, font foi jusqu'à inscription de faux (art. 45), et les tribunaux ne peuvent admettre la preuve testimoniale, outre et contre ce qui y est contenu (2).

307. La légalisation est un certificat délivré par le juge au pied de l'extrait, constatant que celui qui a reçu ou délivré l'acte est réellement revêtu de la fonction qui lui donne le droit de les délivrer; mais ces actes font foi sans légalisation dans l'étendue de l'arrondissement où ils ont été reçus. La légalisation n'est nécessaire que dans le cas où le tribunal ne connaît pas la signature de l'officier public par lequel l'acte a été reçu.

Les actes des notaires, et ceux de l'état civil, doivent être légalisés par le président du tribunal de première instance, ou celui qui le remplace. Le préfet légalise les actes administratifs délivrés par les sous-préfets et même ceux délivrés par les maires, quand ils doivent être employés hors du départe-

(1) *Voy.* l'avis du Conseil d'état, approuvé le 2 juillet 1807.
(2) Locré, tom. 11, pag. 56. Sur l'art. 45.

ment ; sinon le certificat du sous-préfet suffit pour les actes délivrés par les maires.

Telles sont les formalités relatives à la manière dont les registres doivent être tenus et conservés. Il faut voir maintenant la manière dont les actes doivent être inscrits et rédigés, ce qu'ils doivent contenir, quelles personnes doivent y être présentes.

308. 1°. Ils doivent être inscrits sur les registres de suite et sans aucun blanc ; les ratures et les renvois doivent être approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte ; on n'y doit rien écrire par abréviation, ni mettre aucune date en chiffre. (Art. 42.)

2°. Les actes de l'état civil doivent énoncer l'année, le jour et l'heure où ils sont reçus, les prénoms, nom, âge, profession et domicile de tous ceux qui y sont dénommés.

Ces indications peuvent être précieuses en cas d'inscription de faux, pour prouver, par exemple, que l'une des personnes indiquées n'a pu être présente à l'acte.

3°. Les officiers de l'état civil ne peuvent rien insérer dans les actes qu'ils reçoivent, soit par notes, soit par énonciation quelconque, que ce qui est et doit être déclaré par les comparants. (Art. 35.)

Autrement, ils s'exposeraient à être poursuivis par ceux qui auraient à se plaindre de ces énonciations ou de ces notes.

Voici donc les règles qu'ils doivent suivre.

1°. Ne rien ajouter aux déclarations des comparants.

2°. N'insérer ces déclarations dans les actes que lorsqu'elles sont du nombre de celles que la loi autorise.

Outre les énonciations prescrites dans l'art. 34. et qui sont communes à tous les actes, les déclarations particulières aux actes de chaque nature seront expliquées dans les chapitres suivants.

L'officier de l'état civil ne doit faire aucune interpellation, ni recherche, ni inquisition sur les faits qui ne doivent pas être consignés, ni sur la vérité des déclarations faites par les parties ; son ministère se borne à recevoir les déclarations, lorsqu'elles sont conformes à la loi, il n'a le droit ni de les commenter, ni de les contredire, ni de les juger : si elles sont fausses, on poursuivra les faussaires.

Mais il peut s'assurer que les déclarants et les témoins ne se présentent pas sous une fausse qualité, et il peut s'arrêter s'ils lui sont inconnus et s'il soupçonne de la fraude (1) :

(1) *Voy.* Locré, tom. II, pag. 87, sur l'art. 56.

autrement ce serait abandonner aux premiers venus le droit d'attribuer un enfant à un citoyen.

4°. Dans le cas où les parties intéressées ne sont pas obligées de comparaître en personne, elles peuvent se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique (art. 36), laquelle doit demeurer annexée à l'acte, après avoir été paraphée par l'officier de l'état civil et par la personne qui l'aura produite. (Art. 44.)

309. 5°. Les témoins ne peuvent être que du sexe masculin, âgés de vingt-un ans au moins, et ils sont choisis par les personnes intéressées parmi leurs parents ou autres.

Leur nombre varie suivant la nature des actes. Il en faut deux pour les actes de naissance et de décès, quatre pour les actes de mariage. (Art. 75.)

Mais si les témoins doivent être du sexe masculin, il n'en est pas ainsi des déclarants; une femme peut déclarer la naissance d'un enfant, le fait d'un enfant trouvé, ou le décès d'une personne (1). L'officier civil doit donner lecture de l'acte aux parties comparantes, ou à leurs fondés de procuration, et aux témoins : il doit être fait mention de cette lecture. (Art. 38.)

6°. Les actes sont signés par l'officier de l'état civil (Art. 39.)

Ils doivent également l'être par les comparants et par les témoins, ou l'on doit faire mention de la cause qui les empêche de signer. (Art. 39.)

On avait proposé de donner des modèles d'actes aux officiers civils, et de les obliger de s'y conformer, mais cette proposition fut rejetée.

Néanmoins, le 15 fructidor an XII, le ministre de l'intérieur adressa aux préfets, pour être transmis aux officiers de l'état civil, des formules d'actes pour leur servir de guides; mais ces formules ne sont point strictement obligatoires, suivant la nature de toutes les instructions ministérielles (2).

310. 7°. Il peut arriver que des Français naissent, se marient ou meurent en pays étranger, ou qu'un étranger soit obligé de prouver en France son état civil. Le Code prononce en ces cas « que tout acte de l'état civil des Fran» çais et des étrangers, fera foi s'il a été rédigé dans les » formes usitées dans le pays où il a été fait. » (Art. 47.)

Car suivant la règle *locus regit actum*, tout acte public

(1) Art. 56, 58 et 78. Locré, tom. 11, pag. 20. Sur l'art. 37.
(2) *Voy.* Locré, tom. 11, pag. 30 et suiv. sur l'art. 39.

est regardé comme authentique, quand il est revêtu des formes prescrites par les lois du pays où il a été passé.

Le Code ajoute (art. 48), que tout acte de l'état civil des Français en pays étranger, sera valable s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls de France.

Ainsi les Français en pays étranger ont deux manières de constater leur état civil.

311. Quelqu'importantes que soient les formalités prescrites pour les actes de l'état civil, la loi n'a point voulu prononcer la peine de nullité contre leur inobservation : il eût été injuste de faire dépendre l'état des citoyens de la négligence ou de la malveillance des officiers de l'état civil. C'est donc par les circonstances (1) qu'il faut juger de la nullité des actes dans lesquels on a négligé quelques-unes des formalités prescrites.

Nous verrons cependant au tit. 5 qu'on a établi quelques règles sur la nullité des actes de mariage, parce que, outre les formalités qui précèdent ou accompagnent le contrat de mariage, il est soumis à des conditions. Mais les nullités qu'on établirait pour les actes de naissance et de décès ne détruiraient pas la certitude de la date, qui en est une des parties les plus essentielles. S'il y avait dans la date même une erreur; par exemple, si on avait exprimé une année pour l'autre, la méprise devenant évidente par la contexture du registre entier, il y aurait lieu de rectifier et non d'annuler l'acte (2).

Ainsi, à moins que les actes ne soient jugés faux, ils ne laissent pas, malgré leurs imperfections, de former un titre légal.

312. On a pourvu à ce que les formes prescrites fussent respectées, en établissant une responsabilité contre les personnes chargées de la tenue, de la garde ou de la surveillance des registres, c'est-à-dire, contre les officiers de l'état civil, contre les greffiers des tribunaux, et même contre les procureurs du Roi dans les cas, par exemple, où ils contreviendraient aux dispositions de l'art. 49.

Cette responsabilité a pour objet, 1°. les simples contraventions et omissions provenant de l'erreur ou de la négligence. Ces fautes sont punies d'une amende qui ne peut

(1) *Voy.* Locré, tom. II, pag. 29. Maleville, pag. 73 et 92.
(2) Tronchet, Procès verbal du 6 fructidor an IX, tom. 1, pag. 145. Locré, pag. 29.

excéder 100 francs (art. 50), sans préjudice des dommages et intérêts des parties s'il y a lieu. Elles sont poursuivies civilement devant les tribunaux de première instance (1), soit par le procureur du Roi, chargé comme nous l'avons vu, de vérifier l'état des registres et de requérir la condamnation aux amendes, soit par les parties intéressées pour leurs dommages et intérêts. Le jugement est sujet à l'appel, quoique l'amende ne soit que de 100 fr. ou au-dessous. (Art. 54.)

2°. Les altérations, les faux ou autres délits commis dans les actes de l'état civil, les inscriptions de ces actes faites sur une feuille volante et autrement, et sur les registres à ce destinés.

Le Code pénal (art. 192), prononce la peine d'un emprisonnement d'un mois au moins et de trois mois au plus, et d'une amende de 16 à 200 francs, contre l'officier de l'état civil qui aurait inscrit un acte sur une simple feuille volante.

Dans tous ces cas, le dépositaire des registres est soumis aux dommages et intérêts des parties intéressées, quand même il ne serait auteur ni complice du fait, quand même l'auteur en serait inconnu (2), sauf son recours s'il y a lieu contre les auteurs, s'il peut les découvrir.

Si le dépositaire des registres est auteur ou complice du délit, il est en outre poursuivi criminellement, et soumis aux peines prononcées par le Code pénal.

C'est pour découvrir les contraventions, altérations et autres délits relatifs aux actes de l'état civil, que l'article 53 charge le procureur du Roi de vérifier les registres lors du dépôt qui en est fait au greffe, et de dénoncer ces contraventions et ces délits.

CHAPITRE II.

Des actes de naissance.

SOMMAIRE.

(1) Voyez l'avis du Conseil d'état du 30 nivôse an XII, approuvé le 4 pluviôse suiv. Dans Locré, tom. II, pag. 75 et 76, sur les art. 50 et 54.
(2) Locré, tom. 2. pag. 74. ibid.

313. Dans les cas ordinaires, la première formalité à remplir, lors de la naissance d'un enfant, est d'en faire la déclaration à l'officier de l'état civil du lieu : l'enfant lui est présenté (1) pour être inscrit sur les registres (art. 55). Ainsi l'officier de l'état civil est convaincu par ses yeux de l'existence de l'enfant, ce qui peut prévenir beaucoup d'abus; celui, par exemple, de faire inscrire dans une année la naissance d'un enfant né depuis un ou deux ans.

Si l'enfant était décédé avant d'être présenté à l'officier public, celui-ci devrait se borner à énoncer que l'enfant a été presenté sans vie. (*Voyez* ci-après, n° 334.)

Cette déclaration doit être faite, dans les trois jours de l'accouchement, par le père, ou, à son défaut par les docteurs en médecine ou en chirurgie, officiers de santé, sages-femmes ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement; et si la mère est accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle est accouchée. (Art. 56.)

314. La loi du 20 septembre 1792 faisait de cette déclaration un devoir, et punissait les contrevenants de la peine de l'emprisonnement; mais cette peine avait été supprimée par le Code, dans la crainte d'éloigner de la mère, au moment où elle en a le plus grand besoin, le secours de l'amitié, de l'art et de la charité (2). Le défaut de déclaration n'était plus puni que dans le cas où il dégénérait en suppression d'état. Il en était arrivé que, faute d'une peine qui punît leur coupable négligence, quelques personnes s'étaient abstenues de déclarer la naissance de leurs enfants, dans l'espérance de les soustraire à la conscription (3). Le Code pénal du 12 février y a pourvu en ordonnant, article 346, « que toute personne qui, ayant assisté à un accou-» chement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite » par l'art. 56 du Code civil, et dans le délai de trois jours » fixé par l'art. 55 du même Code, sera punie d'un empri-

(1) Le Code ne dit point dans quel lieu, parce que dans le cas d'un péril évident, l'officier de l'état civil peut se transporter au lieu où l'enfant est né.
(2) *Voy.* Locré, pag. 85, sur l'art. 56.
(3) *Voy.* l'Exposé des motifs du liv. 3, tit. 2, chap. 1 du Code pénal.

» sonnement de six jours à six mois, et d'une amende de » 16 à 300 fr. »

315. L'acte de naissance doit être rédigé de suite, en présence de deux témoins. Il doit énoncer, 1°. le jour, l'heure et le lieu de la naissance; 2°. le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui sont donnés; 3°. les prénoms, noms, profession et domicile de ses père et mère, et ceux des témoins. (Art. 57.)

316. Mais de l'obligation de nommer le père, il ne faut pas conclure qu'il doit être nommé s'il ne se déclare pas, ou s'il n'est pas connu par son mariage avec la mère. Le père, lorsqu'elle n'est point mariée, ne doit être nommé qu'en cas qu'il soit présent ou représenté par un fondé de procuration spéciale et authentique; autrement, l'officier de l'état civil ne pourrait recevoir, ni conséquemment insérer dans l'acte la déclaration de paternité faite par les comparants, fût-elle faite même par la mère, parce qu'aux termes de l'art. 340, la recherche de la paternité est interdite. La rectification du registre pourrait être demandée par celui qu'on aurait, sans son aveu indiqué pour père de l'enfant naturel; et l'officier de l'état civil ainsi que la mère, si elle avait signé l'acte, pourraient être condamnés à des dommages et intérêts suivant les circonstances, ou tout au moins aux dépens de la procédure et du jugement de rectification (1).

317. La mère qui est certaine doit toujours être nommée; mais la personne chez qui elle est accouchée, n'est pas obligée de déclarer que cette mère est ou n'est pas mariée, à moins qu'elle ne consente à l'avouer. On a pensé qu'il serait dangereux d'obliger la mère à révéler son secret : elle ne quitte ordinairement son domicile que pour cacher son accouchement, et l'officier de l'état civil n'aurait pas le droit de rechercher si le nom déclaré est véritablement le nom de la mère.

318. Lorsqu'un enfant vient à être reconnu postérieurement à sa naissance, l'acte de reconnaisance doit être inscrit à sa date sur les registres, et il doit en être fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un. (Art. 62.)

319. Il faut observer à l'égard des prénoms, que la loi du 12 germinal an XI défend d'en donner aux enfants, d'autres que les noms en usage dans les différents calendriers, ou

(1) *Voy.* un arrêt rendu le 5 janvier 1807 par la Cour d'appel de Bruxelles, rapporté dans le Recueil de Sirey, an 1807, 2e. part. pag. 62.

ceux des personnages connus de l'histoire ancienne. Elle permet à ceux qui portent actuellement d'autres prénoms, de les changer en vertu d'un jugement du tribunal d'arrondissement, qui prescrit la rectification de l'acte de l'état civil. Quant à ceux qui voudraient changer de noms, ils doivent, suivant la même loi, s'adresser au gouvernement.

Il est très-important de ne donner qu'un seul prénom aux enfants. Lorsqu'ils en ont plusieurs, il en résulte presque toujours pour eux beaucoup d'embarras, parce qu'il est fréquent d'en omettre un, ou de les intervertir dans les différents actes de la vie civile, et que l'omission ou l'interversion des prénoms semble détruire l'identité des personnes qui se présentent avec des prénoms différents, ou avec des prénoms qui ne sont pas rangés dans le même ordre.

Après les dispositions relatives aux actes de naissance dans les cas ordinaires, le Code trace les règles à suivre dans les cas extraordinaires.

320. Le premier est celui de l'exposition d'un enfant. Toute personne qui trouve un enfant nouveau-né doit le remettre à l'officier de l'état civil, avec les vêtements et les effets trouvés sur lui, et déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il a été trouvé.

L'officier dresse du tout un procès verbal détaillé, qu'il inscrit sur les registres, et qui énonce en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui sont donnés, et l'autorité civile à laquelle il est remis. (Art. 58.)

Le malheureux enfant que des parents dénaturés abandonnent à la commisération publique n'a point de famille, mais il est Français ; les lois veillent à sa conservation, et font inscrire sa naissance sur les registres communs à tous les citoyens. Elles veulent surtout que ses vêtements et les autres effets trouvés sur sa personne soient conservés avec soin, parce qu'ils peuvent faciliter les recherches que ses parents, pressés par le remords ou par un retour de tendresse, pourraient faire un jour, ou même les faire retrouver par quelque heureux hasard.

321. Le second cas extraordinaire est celui des naissances sur mer. Les formalités particulières à ce cas sont expliquées dans les art. 59, 60 et 61, qu'il suffit de lire.

CHAPITRE III.

Des actes de mariage.

322. Il paraît convenable de réunir au titre V, qui traite du mariage, les formalités relatives à cet acte important. Il est fâcheux que, pour connaître les règles à observer dans un acte, on soit obligé de recourir à deux titres différents : c'est une imperfection remarquée par M. Maleville, l'un des rédacteurs du Code.

CHAPITRE IV.

Des actes de décès et des inhumations.

SOMMAIRE.

323. L'officier civil doit s'assurer du décès avant d'autoriser l'inhumation.
324. Défense d'inhumer dans les édifices publics, et dans l'enceinte des villes et bourgs.
325. On peut choisir le lieu de son inhumation.
326. Autrement elle se fait dans les cimetières publics.
327. L'acte de décès est dressé en présence de deux témoins.
328. Ce qu'il doit contenir.
329. Du décès dans les hôpitaux militaires et civils.
330. Des cas où il y a indice de mort violente.
331. Des cas d'exécution à mort en vertu de jugement.
332. Des décès dans les prisons et maisons de réclusion, etc.
333. Des décès en mer.
334. De l'enfant mort avant qne sa naissance ait été enregistrée.
335. De ceux qui sont noyés ou consumés dans un incendie sans qu'on puisse trouver les corps. *Renvoi.*

323. Pour empêcher les suppositions de décès, il est défendu de faire aucune inhumation sans une autorisation sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil, qui ne peut la délivrer qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée (1), afin de s'assurer du décès; et, pour prévenir le danger des inhumations précipitées, il ne doit la délivrer que vingt-quatre heures après le décès, hors les cas prévus par les règlements de police, lorsque le délai de vingt-quatre heures pourrait compromettre la salubrité. (Art. 77.)

(1) Rien n'est plus mal exécuté, du moins à Paris, que tous ces ordres donnés aux officiers civils de se trasporter pour vérifier les décès ; il faut convenir qu'ils y sont presque inexécutables, dit Maleville, tom. 1, pag. 104.

324. Aucune inhumation ne peut avoir lieu dans les églises, temples, synagogues, hôpitaux, chapelles publiques et généralement dans aucun des édifices fermés où les citoyens se réunissent pour la célébration de leur culte, ni dans l'enceinte des villes (1) et bourgs. (Décret du 23 prairial an XII, article 4.)

325. Mais toute personne peut choisir le lieu destiné à son inhumation, et être enterré sur sa propriété, pourvu que cette propriété soit hors et à la distance prescrite de l'enceinte des villes et bourgs. Cette distance est de 35 à 40 mètres au moins de l'enceinte des villes ou bourgs.

326. Hors ce cas particulier, les inhumations se font dans les cimetières publics; et dans les communes où l'on professe plusieurs cultes, chaque culte doit avoir un lieu d'inhumation particulier.

Les lieux de sépulture publics ou particuliers sont soumis à l'autorité, police et surveillance des administrations municipales. (Art. 16, *ibid.*)

327. En délivrant la permission d'inhumer, l'officier de l'état civil dresse l'acte de décès sur la déclaration de deux témoins mâles, âgés de vingt-un ans au moins (art. 37). Ces témoins sont, s'il est possible, les deux plus proches parents ou voisins du défunt. S'il est mort hors de son domicile, la personne chez qui il est décédé doit être un des témoins, si elle réunit d'ailleurs les qualités requises. (Art. 78.)

328. « L'acte de décès contient les prénoms, nom, âge, » profession et domicile de la personne décédée; les pré- » noms et nom de l'autre époux, si la personne décédée » était mariée ou veuve; les prénoms, noms, âges, pro- » fessions et domiciles des déclarants; et, s'ils sont parents, » le degré de leur parenté.

» Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra » les savoir, les prénoms, nom, profession et domicile des » père et mère du décédé, et le lieu de sa naissance. » (Art. 79.)

Telles sont les formalités requises dans les cas ordinaires.

Les cas extraordinaires sont au nombre de six.

329. 1°. Décès dans les hôpitaux militaires et civils ou autres maisons publiques, autres néanmoins que les prisons ou maisons de détention dont il sera parlé ci-après. Les supérieurs, les directeurs, administrateurs et maîtres de ces

(1) Cette sage disposition remonte fort loin : *in urbe ne sepelito, neve urito*, dit la loi des Douze Tables. *Voy.* le Commentaire de Bouchaud.

maisons, sont tenus d'en donner avis dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil, qui doit s'y transporter pour s'assurer du décès, et qui en dresse l'acte dans la forme ordinaire sur les déclarations qui lui sont faites, et sur les renseignements qu'il s'est procurés.

Il envoie à l'officier civil du dernier domicile de la personne décédée, copie de l'acte de décès pour être inscrit sur les registres.

Il est en outre tenu dans les hôpitaux et autres maisons, des registres destinés à inscrire les déclarations et renseignements relatifs aux décès. (Art. 80.)

330. 2°. Lorsqu'il y a des indices de mort violente ou d'autres circonstances qui donnent lieu de le soupçonner, l'autorisation d'inhumer ne doit être donnée, et l'inhumation faite, qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, aura dressé procès verbal de l'état du cadavre et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il aura pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée. (Art. 81.)

L'officier de police transmet de suite à l'officier de l'état civil du lieu où le cadavre a été trouvé, tous les renseignements énoncés dans son procès verbal, qui sont nécessaires pour rédiger l'acte de décès dans la forme prescrite par l'art. 79, pour les cas ordinaires, et sans faire mention du genre de mort (art. 85), dans la crainte qu'il n'en résulte quelque désagrement pour la famille du décédé.

L'officier de l'état civil doit renvoyer une expédition de l'acte du décès à celui du domicile de la personne décédée, s'il est connu, et cette expédition doit être inscrite sur les registres (art. 82).

331. 3°. En cas d'exécution à mort, en vertu d'un jugement, le greffier est tenu d'envoyer dans les vingt-quatre heures de l'exécution, à l'officier civil du lieu où elle a été faite, les renseignements nécessaires pour rédiger l'acte de décès dans les formes ordinaires, et sans faire mention du genre de mort. (Art. 83.) (1)

332. 4°. En cas de décès dans les prisons, maisons de réclusion ou de détention, il en doit être donné avis sur-le-champ par les concierges à l'officier de l'état civil, qui doit se con-

(1) Disposition tirée de la loi du 21 janvier 1790, qui porte qu'il ne sera plus fait, sur les registres civils, mention du genre de mort : même disposition dans l'art. 8, tit. 3, de celle du 20 septembre 1792.

former aux dispositions prescrites pour le décès dans les hôpitaux. (Art. 84.)

333. 5°. En cas de décès pendant un voyage de mer, il en doit être dressé acte dans les vingt-quatre heures, en présence de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut parmi les hommes de l'équipage. Cet acte est rédigé : savoir, sur les bâtimens de l'état, par l'officier d'administration de la marine; et sur les bâtiments appartenant à un négociant ou armateur, par le capitaine, maître ou patron du navire : l'acte de décès est inscrit à la suite du rôle de l'équipage. (Art. 86.)

Au premier port où le bâtiment aborde, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaine, maître ou patron qui ont rédigé des actes de décès, sont tenus d'en déposer deux expéditions, conformément à l'article 60.

A l'arrivée du bâtiment dans le port du désarmement, le rôle d'équipage est déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime; il doit envoyer une expédition de l'acte de décès, de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile de la personne décédée : cette expédition est inscrite de suite sur les registres.

334. 6°. Le cas d'un enfant mort avant que sa naissance soit enregistrée n'avait pas été prévu par le Code; il est réglé par le décret du 4 juillet 1806, qui porte que, lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée, sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. Il recevra de plus la déclaration des témoins, touchant les noms, prénoms, qualités et demeure des père et mère de l'enfant, et la désignation des jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de la mère. Cet acte doit être inséré à sa date sur les registres des décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non.

335. Ce chapitre ne contient aucune disposition relative à ceux qui sont consumés dans un incendie, et aux noyés dont on n'a pu retrouver les corps, et qui ne peuvent ainsi recevoir la sépulture : « Il est évident, dit Maleville, pag. » 107, que leur décès ne peut être constaté que par une » enquête. C'est une exception à l'art. 46. » Nous en parlerons dans le chap. 6, n°. 360.

CHAPITRE V.

Des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire du royaume.

SOMMAIRE.

336. Ce chapitre fut ajouté sur la proposition de Bonaparte.
337. Les militaires dans l'intérieur du royaume sont soumis aux lois générales.
338. Comment et par qui sont tenus les registres de l'état civil pour les militaires hors du territoire du royaume.

336. Ce Chapitre fut ajouté sur la proposition de Bonaparte qui observa que l'art. 47, suivant lequel les actes faits dans l'étranger sont valables lorsqu'ils sont dans les formes usitées dans le pays, ne pouvait s'appliquer au militaire qui n'est jamais chez l'étranger lorsqu'il est sous le drapeau, parce que *là où est le drapeau, là est aussi la France* (1). L'armée pour lui était la France.

337. Les militaires en activité de service dans l'intérieur du royaume sont soumis aux règles générales prescrites pour tous les citoyens, relativement aux actes de l'état civil (2): mais lorsqu'ils sont en expédition hors du territoire, la loi, pour assurer leur état et constater leur décès, prescrit un mode particulier qui doit être suivi, sans qu'il soit permis de constater leur décès par de simples certificats (3).

« Les actes de l'état civil, faits hors du territoire de la » république, concernant les militaires ou autres personnes » employées à la suite des armées, seront rédigés dans les » formes prescrites par les dispositions précédentes, sauf » les exceptions contenues dans les articles suivants. (Art. 88.)

338. « Le quartier-maître dans chaque corps, d'un ou » de plusieurs bataillons ou escadrons, et le capitaine-commandant dans les autres corps, rempliront les fonctions » d'officiers de l'état civil : ces mêmes fonctions seront remplies, pour les officiers sans troupes et pour les employés » de l'armée, par l'inspecteur aux revues attaché à l'armée » ou au corps d'armée. (Art. 89.)

» Il sera tenu dans chaque corps de troupes, un registre

(1) *Voy.* le Procès verbal, séance du 14 fructidor an IX.
(2) *Voy.* l'avis du conseil d'état, approuvé le 4 complémentaire an XIII.
(3) *Voy.* l'avis du Conseil d'état approuvé le 17 germinal an XIII.

» pour les actes de l'état civil relatifs aux individus de ce » corps, et un autre à l'état-major de l'armée ou d'un corps » d'armée, pour les actes civils relatifs aux officiers sans » troupes et aux employés : ces registres seront conservés » de la même manière que les autres registres des corps et » états-majors, et déposés aux archives de la guerre à la » rentrée des corps ou armées sur le territoire de la répu- » blique. (Art. 90.)

» Les registres seront cotés et paraphés dans chaque » corps par l'officier qui le commande; et à l'état-major, » par le chef de l'état-major général. (Art. 91.)

» Les déclarations de naissance à l'armée seront faites » dans les dix jours qui suivront l'accouchement. (Art. 92.)

» L'officier chargé de la tenue du registre de l'état civil » devra, dans les dix jours qui suivront l'inscription d'un » acte de naissance audit registre, en adresser un extrait » à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père de » l'enfant, ou de la mère si le père est inconnu. (Art. 93.)

» Les publications de mariage des militaires et employés » à la suite des armées, seront faites au lieu de leur dernier » domicile; elles seront mises en outre, vingt-cinq jours » avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, » pour les individus qui tiennent à un corps; et à celui de » l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans trou- » pes, et pour les employés qui en font partie. (Art. 94.)

» Immédiatement après l'inscription sur le registre de » l'acte de célébration du mariage, l'officier chargé de la » tenue du registre en enverra une expédition à l'officier » de l'état civil du dernier domicile des époux. (Art. 95.)

» Les actes de décès seront dressés, dans chaque corps, » par le quartier-maître; et pour les officiers sans troupes » et les employés, par l'inspecteur aux revues de l'armée, » sur l'attestation de trois témoins; et l'extrait de ces regis- » tres sera envoyé, dans les dix jours, à l'officier de l'état » civil du dernier domicile du décédé. (Art. 96.)

» En cas de décès dans les hôpitaux militaires ambulants » ou sédentaires, l'acte en sera rédigé par le directeur des- » dits hôpitaux, et envoyé au quartier-maître du corps, » ou à l'inspecteur aux revues de l'armée ou du corps d'ar- » mée dont le décédé faisait partie : ces officiers en feront » parvenir une expédition à l'officier de l'état civil du der- » nier domicile du décédé. (Art. 97.)

» L'officier de l'état civil du domicile des parties, auquel

» il aura été envoyé de l'armée expédition d'un acte de » l'état civil, sera tenu de l'inscrire de suite sur les registres. » (Art. 98.) »

CHAPITRE VI.

De la rectification des actes de l'état civil, et de la manière de suppléer à ces actes.

SOMMAIRE.

339. Division de ce chapitre.

339. S'il a été commis des erreurs, des altérations ou des faux dans les registres de l'état civil, il est souvent nécessaire de les rectifier; s'il n'existe point de registres, ou s'ils ont été perdus, il est nécessaire d'y suppléer.

SECTION PREMIÈRE.

De la rectification des actes de l'état civil.

SOMMAIRE.

340. Elle ne peut être faite qu'en vertu d'un jugement et sur la demande des parties intéressées.
341. Devant quel tribunal la demande est portée, et comment il y est statué.
342. Ce que doit faire l'officier de l'état civil si la rectification est ordonnée.
343. Interversion des prénoms, omission d'une lettre, etc., dans les noms de l'un des futurs, ou de ses ascendants décédés, ne rend pas nécessaire la rectification des registres, lorsqu'il s'agit de mariage.
344. Le jugement de rectification peut être attaqué par appel, et ne peut être opposé à ceux qui n'y ont pas été appelés.

340. Les parties intéressées peuvent seules demander la rectification des registres (art. 99 et 49), et elle ne peut être faite qu'en vertu d'un jugement. Les principes sur lesquels repose l'état des hommes, s'opposent à toute rectification des registres, qui n'est pas le résultat d'un jugement provoqué par les parties intéressées à demander ou à contredire la rectification (1).

(1) Avis du Conseil d'état du 12 nivôse an x, approuvé le 13.

341. Le demandeur en rectification présente requête au président du tribunal, au greffe duquel le double du registre a été ou doit être déposé.

Il y est statué sur rapport et sur les conclusions du ministère public. Les juges peuvent, s'ils le croient convenable, ordonner, avant faire droit, que les parties qui pourraient avoir intérêt à contester la rectification, seront appelées et que le conseil de famille sera préalablement convoqué.

S'il y a lieu d'appeler les parties intéressées, la demande sera formée par exploit, sans préliminaire de conciliation, et elle le sera par acte d'avoué, si les parties sont en instance.

342. Si la rectification est ordonnée, on ne doit néanmoins faire aucun changement sur l'acte qui doit être rectifié; mais une expédition du jugement est remise à l'officier de l'état civil qui doit l'inscrire sur ses registres courants aussitôt qu'il l'aura reçue, et en faire mention en marge de l'acte réformé; et si cet acte est inscrit sur un registre dont le double est déposé au greffe, la même mention doit être faite sur ce registre, en marge de l'acte, par le greffier du tribunal, à l'effet de quoi l'officier de l'état civil en donnera avis dans les trois jours au procureur du Roi dudit tribunal, qui veillera à ce que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres. (Art. 49.)

L'acte ainsi réformé ne doit plus à l'avenir être délivré qu'avec les rectifications ordonnées, à peine de tous dommages et intérêts contre l'officier qui l'aurait délivré.

La mention de rectification ne doit pas se borner à indiquer la date du jugement; elle doit référer de plus, en quoi consiste la rectification ordonnée, afin qu'il ne soit plus besoin de retirer le jugement.

343. Dans la rigueur du droit, la rectification des actes de l'état civil est nécessaire dans tous les cas où il s'est glissé des erreurs ou des omissions, qui peuvent faire douter de l'identité des personnes; mais comme elle ne peut être faite qu'en vertu d'un jugement qui entraîne des frais, elle deviendrait onéreuse pour la classe des citoyens pauvres, qui n'en ont besoin que *pour se marier*. Par cette considération, le conseil d'état, dans un avis approuvé le 30 mars 1808; a décidé que la rectification n'est pas nécessaire dans le cas où le nom d'un des futurs ne serait pas, dans son acte de naissance, orthographié comme celui de son père, et dans celui où

l'on aurait omis ou interverti quelqu'un des prénoms de ses parents : le témoignage des ascendants assistant au mariage et attestant l'identité, suffit pour procéder à la célébration du mariage. Ils peuvent aussi, s'ils sont absents, attester l'identité dans l'acte de leur consentement donné en forme légale.

S'il n'y a point d'ascendants, l'identité est valablement attestée, pour les mineurs, par le conseil de famille, ou par le tuteur *ad hoc*; et pour les majeurs, par les quatre témoins de l'acte de mariage.

Enfin, dans le cas d'omission ou d'interversion d'un prénom dans l'acte de décès des père et mère ou aïeux des futurs, la déclaration avec serment, des personnes dont le consentement est nécessaire pour les mineurs, et celles des parties et des témoins, pour les majeurs, sont suffisantes pour procéder à la célébration du mariage, sans qu'il soit nécessaire de toucher aux registres de l'état civil.

Ces formalités ne sont même exigibles que lors de l'acte de célébration, et non pour les publications, qui doivent toujours être faites conformément aux notes remises par les parties aux officiers de l'état civil.

344. Tout jugement rendu sur une demande en rectification peut être attaqué par la voie de l'appel. (Art. 99.) S'il n'y a point d'autre partie que le demandeur en rectification, et que sa demande ait été rejetée, il peut, dans les trois mois de sa date, se pourvoir à la Cour d'appel, par requête présentée au président, qui indiquera le jour où il sera statué. (Art. 858, Code de procédure.)

Dans tous les cas, le jugement de rectification ne peut jamais être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées. (Art. 100.) Il en résulte qu'elles ne sont point obligées d'en relever appel, ni même d'y former opposition; le jugement est à leur égard comme non avenu.

SECTION II.

De la manière de suppléer aux actes de l'état civil.

SOMMAIRE.

345. Quatre manières de suppléer aux actes de l'état civil.
346. Explication de l'art. 46 du Code.

345. Il est nécessaire de suppléer aux registres de l'état civil lorsqu'il n'en existe point, soit parce qu'il n'en a pas été tenu, soit parce qu'ils sont perdus ou déchirés en tout ou en partie. On y supplée alors par la preuve testimoniale, par des papiers domestiques, par des feuilles volantes, ou par la possession d'état. Mais ces différents genres de preuves ne sont admis pour suppléer aux registres, que dans certains cas et sous certaines conditions.

346. Suivant l'art. 46 du Code : « Lorsqu'il n'aura pas » existé de registres ou qu'ils seront perdus, la preuve en » sera reçue tant par titres que par témoins ; et dans ces cas » les mariages, naissances et décès *pourront* être prouvés » tant par les registres et papiers émanés des père et mère » décédés, que par témoins (1). »

Cet article est presque littéralement copié de l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 14, qui contient cette disposition finale : « Sauf à la partie *à prouver le contraire*. » Disposition reproduite dans le projet de Code (tit. 2, art. 19), mais qui se trouve retranchée dans l'art. 46 du Code, sans doute

(1) Le tribunat proposait de mettre *par toutes écritures publiques et privées.* Mais cette trop grande latitude fut rejetée. *Voy.* Locré, tom. II, pag. 63, sur l'art. 46.

par ce que *la preuve contraire est de droit* (1), lorsqu'il y a une partie en cause, et que d'ailleurs, lorsqu'il n'y en a pas, ces jugements ne peuvent être opposés aux parties intéressées qui n'y auront pas été appelées (2). (Art. 100 et 101.)

Il faut observer la gradation des dispositions de l'art. 46. Si l'on prétend que les registres de l'état civil sont perdus ou qu'il n'en a jamais existé, il faut d'abord prouver cette perte ou ce défaut de registres, *tant par titres que par témoins*. La preuve peut en être faite par les déclarations de l'officier civil et du greffier du tribunal, ou par un procès verbal de recherches, qui constate qu'on ne trouve ni dans les archives de la commune, ni au greffe du tribunal les registres d'un tel temps (3). Mais les tribunaux doivent examiner les preuves avec beaucoup d'exactitude, car il arrive quelquefois qu'on croit des registres perdus, et qu'on les retrouve même après la preuve faite.

La preuve de la non existence ou de la perte des registres étant faite, on peut alors admettre la preuve des mariages, naissances et décès, soit par les registres et papiers des père et mère décédés, soit par témoins. La loi n'exige pas la cumulation de ces deux preuves : l'expression du texte n'emporte point la nécessité de les rassembler, « *tant par les registres et papiers* des père et mère » décédés *que par témoins.* » Ce qui n'emporte qu'une espèce d'alternative.

La loi ne dit pas que les registres et papiers domestiques suffiront ou ne suffiront pas ; elle ne dit pas qu'ils seront nécessaires; elle ne dit pas non plus que la preuve testimoniale, suffit seule, ni qu'elle ne suffit point : elle dit que les naissances pourront être prouvées tant par l'une que par l'autre preuve, expression mitoyenne qui semble choisie exprès pour laisser une sorte d'indécision, afin d'abandonner aux juges la faculté de se contenter d'une seule de ces preuves, ou d'en exiger la cumulation (4).

347. Remarquez encore que, dans le cas de non existence ou de perte des registres, l'art. 46 n'exige point, pour admettre la preuve testimoniale, qu'il y ait des com-

(1) Art. 258, Code de Procédure.
(2) *Voy.* l'avis du Conseil d'état du 8 brumaire an XI, approuvé le 12.
(3) *Voy.* Rodier, Questions sur l'ordonnance de 1667, pag. 384 et suiv., édit. de 1769.
(4) Rodier, *ubi sup.*, *pag.* 387. Gilbert des Voisins, dans l'affaire de la demoiselle Choiseul. *Voy.* le Nouveau Denisart, vº. *État*, *pag.* 36 *et* 37.

mencements de preuve; mais il n'en faut pas conclure que toutes les fois qu'il ne se trouve pas de registres, le juge soit forcé d'admettre la preuve pas témoins, sans discernement et sans connaissance de cause. Ce serait s'écarter du sens de la loi, qui ne dit pas en termes impératifs que les mariages, naissances et décès seront prouvés, mais qu'ils pourront être prouvés tant par les papiers domestiques que par témoins. C'est donc à la prudence des juges d'admettre cette preuve ou de la refuser suivant les circonstances (1). Nous verrons même ci-après, au titre de la paternité et de la filiation, en conciliant l'article 46 avec l'article 323, qu'il y a une règle particulière relativement aux naissances, et que la preuve testimoniale de la filiation n'est point admise lorsque celui qui la demande n'a en sa faveur ni aucune espèce de possession, ni commencement de preuve.

348. Si les actes de l'état civil, au lieu d'être inscrits sur les registres, comme l'exige le Code, ne l'étaient que sur des feuilles volantes, l'art. 52 soumet les officiers de l'état civil aux dommages et intérêts des parties; mais il n'annule point ces feuilles volantes. C'est donc à la prudence des tribunaux, d'apprécier la preuve qui peut en résulter, lorsqu'elles sont représentées.

Si elles étaient rédigées dans les formes prescrites, signées de l'officier civil, des parties et des témoins, ou s'il y était fait mention du motif qui eût empêché les parties ou les témoins de signer, comme le prescrit l'art. 39, elles devraient former une preuve complète, si elles étaient soutenues par une possession d'état publique: si, dans le cas d'un mariage, il avait été précédé par des bancs, ou par un contrat; s'il n'avait pas été tenu de registres en règle; si ces feuilles se trouvaient dans les archives de la municipalité; en un mot, les circonstances peuvent seules décider du degré d'authenticité qu'on doit leur accorder.

Si elles ne formaient pas une preuve complète, elles pourraient former du moins un commencement de preuve par écrit (2); ce qui est néanmoins toujours subordonné aux circonstances.

249. S'il existait des registres dont quelques feuillets fussent manquants, corrompus ou arrachés par quelque cause que ce soit, il en serait comme du cas où le registre en-

(1) Rodier, *ubi sup. pag.* 387.
(2) Rodier; pag. 385.

tier manque, car chaque partie n'a d'intérêt qu'au feuillet où l'acte de son état civil était inscrit ; et puisque le Code permet la preuve testimoniale quand le registre est perdu, ponrquoi la défendrait-on quand il n'en manque qu'une partie (1) ? La preuve testimoniale devrait donc être admise en ce cas comme dans celui de l'art. 46, quand même les feuillets manquants auraient été arrachés par le dol d'un malveillant, à moins qu'il n'y eût lieu de soupçonner que le réclamant est auteur ou complice du dol, commis dans le dessein de lui procurer une preuve que la loi refusait ; ce qu'on ne peut juger que par les circonstances. Ainsi la question est abandonnée à la prudence du magistrat.

350. Mais quand il existe des registres en bonne forme, qui ne sont ni corrompus ni déchirés, et qu'on a seulement omis d'y inscrire un acte de naissance, de mariage ou de décès, l'art. 46 n'a point prévu ce cas, et l'on s'en plaignait d'abord au conseil d'état comme d'une lacune (2) ; mais on reconnut bientôt qu'il serait dangereux de fixer des règles pour les cas d'omission. Cette question a toujours été regardée comme l'une des plus délicates de la jurisprudence ; si les omissions ont pour cause l'impossibilité où se sont trouvées les parties ou les personnes qui les intéressent, de faire consigner les actes sur les registres de l'état civil, elles peuvent toujours être réparées. Cette circonstance impérieuse les excuse (3) ; mais il faut que cette impossibilité soit réelle et prouvée, comme, par exemple, dans le cas d'un étranger, dans celui d'un Français né, marié ou décédé chez l'étranger. Dans ces cas, les actes n'ayant pu être inscrits sur les registres de l'état civil en France, on y supplée par les actes reçus en pays étranger, qui font foi, pourvu qu'on y ait observé les formes usitées dans ce pays.

351. Si les omissions n'ont pas été causées par l'impossibilité d'inscrire les actes sur les registres, elles sont néanmoins réparables en certains cas ; en d'autres, elles sont irréparables. C'est un point qui dépend de la nature des actes, et sur lequel il y a quelques règles particulières à chacun d'eux.

Ainsi la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit

(1) Rodier, pag. 385. Maleville, sur l'art. 46, pag. 77.
(2) Maleville, pag. 75. Locré, tom. II, pag. 66, sur l'art. 48.
(3) Locré, pag. 68. *Ibid.*

pour dispenser de représenter l'acte de naissance, comme nous le verrons titre VII, chap. 2, en expliquant l'art. 320. Au contraire, la possession d'état, suivant l'art. 195, ne peut dispenser les prétendus époux qui l'invoquent respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil.

Néanmoins, suivant l'art. 197, s'il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peuvent être contestée, sous prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage, lorsque cette légitimité est prouvée par une possession d'état, qui n'est point contredite par l'acte de naissance.

352. Ainsi encore, suivant l'art. 323, si la naissance d'un enfant n'a pas été inscrite sur les registres, ou s'il a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve testimoniale est admise lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès-lors constants, sont assez graves pour déterminer l'admission.

353. Au contraire, les commencements de preuve par écrit ne suffisent pas pour autoriser les époux à prouver par témoins la célébration de leur mariage. C'est ce qui résulte de l'art. 194, qui refuse le titre d'époux à celui qui ne représente pas un acte de célébration, inscrit sur les registres, sauf les cas prévus par l'art. 46.

Or, cet article ne permet de prouver les mariages par témoins et papiers domestiques, que dans les deux cas de perte ou de non existence des registres. D'où il suit que, hors ces deux cas, la preuve testimoniale ne doit pas être admise (1), même lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, à la différence des naissances, qui peuvent en ce cas être prouvées par témoins, suivant l'art. 325.

354. La raison de différence est sensible. On ne peut ja-

(1) Le projet de Code s'en expliquait positivement. L'article 42 portait que, nonobstant la possession d'état, encore que les époux représentassent un contrat de mariage, nonobstant toute reconnaissance de déclaration, émanée d'eux ou de l'un d'eux, la preuve testimoniale de la célébration du mariage ne pourrait être admise, si ce n'est dans le cas de non existence des registres, prévu par l'art. 46.

Ces principes furent admis; mais on ne crut pas nécessaire d'énoncer les conséquences qui en dérivent. Ainsi ce projet peut servir de commentaire à l'art. 194. *Voy.* Locré, tom. III, pag. 416. sur ledit art. 194.

jamais imputer à l'enfant l'omission de l'acte de sa naissance sur les registres. Au contraire, les époux doivent faire inscrire l'acte de célébration de leur mariage; ils doivent le signer: ils ne sont pas excusables d'avoir omis de le faire inscrire, à moins qu'il n'y eût eu une impossibilité qui ne peut exister, si ce n'est dans des cas dont on n'a point d'exemples; et alors il faudrait faire constater cette impossibilité.

355. Les actes de naissance peuvent encore être suppléés par des actes de notoriété, mais seulement lorsqu'il ne s'agit que de lever l'obstacle qu'oppose, à la célébration d'un mariage, le défaut de représentation de l'acte de naissance de l'un des futurs. Quelle que soit la cause qui le mette dans l'impossibilité de se le procurer, soit parce qu'il n'existe point de registres, ou qu'ils sont mutilés, soit parce qu'on a omis de l'y inscrire, car l'art. 70 ne distingue point entre les différentes causes qui empêchent l'un des futurs de représenter l'acte de naissance; dans tous ces cas, on peut y suppléer par un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de la naissance ou du domicile de celui des époux qui a besoin d'en justifier.

356. Cet acte doit contenir, 1°. la déclaration faite par sept témoins de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, noms, profession et domicile de ses père et mère, s'ils sont connus.

2°. Les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance.

3°. La signature du juge de paix et celle des témoins: ou la mention que ces derniers ne peuvent ou ne savent signer.

357. Cet acte est présenté au tribunal du lieu où doit se célébrer le mariage. Le tribunal, après avoir entendu le procureur du Roi, donne ou refuse son homologation, selon qu'il trouve suffisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins, et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance (1).

358. Cette exception singulière aux règles ordinaires, établie uniquement pour favoriser les mariages, ne peut être étendue à d'autres cas. Un pareil acte de notoriété ne pourrait servir à prouver la filiation de celui qui l'a obtenu, ni lui procurer les droits de famille, tel que celui de succéder.

(1) Articles 70, 71 et 72. Maleville, sur ces articles.

Le but de ces actes de notoriété est de prouver l'âge du requérant, afin de faire voir qu'il est habile à contracter mariage, et nullement de prouver sa filiation, qui ne peut être prouvée qu'en suivant les règles ordinaires. Il ne peut donc s'en servir dans une question d'état, pas même comme d'un commencement de preuve par écrit, car ne n'est dans la réalité qu'une déclaration de témoins.

Ces actes néanmoins devraient faire preuve contre ceux qui les auraient signés, et contre leurs héritiers.

359. Quant à la manière de suppléer les actes de décès, on s'écarte aussi des règles ordinaires quand il s'agit de lever l'obstacle qu'oppose à un mariage le défaut de consentement des ascendants, parce qu'ils sont morts sans qu'on puisse se procurer l'acte de leur décès, dont on ignore le lieu et l'époque.

Sur cela, il faut voir l'avis du conseil d'état, approuvé le 4 thermidor an XIII, et dont nous rapporterons la substance au titre du mariage, en parlant de la nécessité du consentement des aïeux au mariage de leurs petits-enfants.

Quelque favorables que soient les mariages, l'un des époux qui voudrait se remarier ne pourrait suppléer à l'acte de décès de l'autre époux, par un acte de notoriété, quand même il prétendrait que celui-ci est mort à la guerre, dont les événements rendent la preuve des décès souvent très-difficile, quelquefois impossible : il y aurait, comme l'a pensé le conseil d'état, dans un avis du 12 germinal an XIII, approuvé le 17, un extrême dauger à admettre comme preuves de décès, de simples actes de notoriété fournis après coup, et résultant le plus souvent de quelques témoignages achetés ou arrachés à la faiblesse : ainsi cette voie est impraticable. A la vérité, plusieurs femmes de militaires peuvent se trouver à ce sujet dans une position fâcheuse; mais cette considération n'a point paru assez puissante pour les dispenser de rapporter une preuve légale, sans laquelle on exposerait la société à de déplorables erreurs, et à des inconvénients beaucoup plus graves que les maux particuliers auxquels on voudrait remédier.

360. Cependant s'il y avait eu impossibilité notoire et prouvée d'inscrire l'acte d'un décès sur les registres, comme dans le cas des personnes consumées dans un incendie ou noyées publiquement, sans qu'on ait pu retrouver leurs corps, et qui ne peuvent ainsi recevoir la sépulture; dans

ce cas leur décès peut se constater par une enquête, c'est une exception à l'art. 46 (1).

La question est néanmoins soumise à la prudence des magistrats qui doivent examiner les circonstances de fort près ; car on a des exemples de personnes que l'on avait crues noyées, et qui se sont retrouvées dans la suite.

361. Enfin, les actes de l'état civil peuvent être suppléés lorsque la preuve d'une naissance, d'un mariage ou d'un décès, se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, comme dans le cas des articles 198 et 199, ou dans le cas du crime de suppression d'état. (Art. 327.) L'inscription du jugement sur les registres tient lieu d'état civil.

Nous y reviendrons au titre du mariage.

TITRE III.

Du Domicile.

SOMMAIRE.

362. Liaison de ce titre avec les précédents.
363. Deux espèces de domiciles, le politique et le civil.
364. Définition du domicile civil.
365. Étendue des questions de domicile dans l'ancienne jurisprudence.
366. Les effets du domicile bornés aujourd'hui à déterminer ; 1°. les juges naturels de la personne ; 2°. le lieu de l'ouverture des successions ; 3°. le lieu ou l'on doit se marier.
367. On ne peut avoir qu'un seul domicile réel.
368. Mais on peut avoir plusieurs domiciles élus.
369. Effets du domicile élu.
370. Domicile réel de deux espèces, originaire ou de choix.
371. Effet du domicile originaire.
372. On peut le changer quand on est majeur ou émancipé, mais il faut l'intention jointe au fait.
373. L'intention est expresse ou présumée.
374. Comment se prouve l'intention expresse.
375. La loi présume l'intention en quatre cas.
376. Au défaut des présomptions légales, on a recours aux simples présomptions.
377. Exemples de ces présomptions.
378. *Quid*, si la maison d'habitation est sur la limite des arrondissements de deux tribunaux différents.

362. C'est dans le lieu de son domicile que l'homme exerce ses droits civils et politiques, et c'est là que doivent le faire

(1) Maleville.

citer tous ceux qui ont des droits à exercer contre lui. Après avoir établi comment on acquiert la jouissance des droits qui constituent l'état civil, après avoir indiqué quelles sont les preuves de l'état civil, il était donc convenable de donner les règles qui fixent le domicile.

363. On distingue dans notre jurisprudence française deux espèces de domiciles : le domicile politique et le domicile civil.

Le domicile politique est le lieu où chaque citoyen exerce ses droits politiques. Il est indépendant du domicile civil, et l'on peut avoir et conserver son domicile politique dans un autre lieu que le domicile civil (1).

364. Le Code civil ne s'occupe que du domicile civil, qui est le lieu où une personne, jouissant de ses droits, a son principal établissement, où elle a établi sa demeure, le centre de ses affaires, le siége de sa fortune, le lieu d'où cette personne ne s'éloigne qu'avec le désir et l'espoir d'y revenir dès que la cause de son absence aura cessé (2).

365. Les questions de domicile s'étendaient autrefois à presque toutes les matières de droit civil. Elles étaient aussi multipliées qu'importantes, lorsque le territoire français était partagé entre une infinité de coutumes locales, dont les dispositions étaient différentes sur une multitude d'objets, tels que l'époque de la majorité, la communauté conjugale, la faculté plus ou moins étendue de disposer, les droits de primogéniture, de masculinité, de représentation en succession, etc. Il importait beaucoup alors de déterminer le véritable domicile des mineurs, des époux, des donateurs, des testateurs, ou des individus morts sans avoir fait de testament.

366. Aujourd'hui que la législation est uniforme dans toute la France, les effets du domicile se bornent, 1°. à determiner

(1) Sur la manière dont s'acquérait ou se perdait le domicile politique, *voy.* la Constitution de l'an VIII, articles 2 et 6, et le décret du 17 janvier 1806. Mais on ne peut plus les invoquer aujourd'hui, et la Charte garde sur ce point un silence absolu. *Voy. sup.*, n°. 258. Il faut donc attendre les lois qui interviendront sur ce point, sur la manière de devenir citoyen, etc.

(2) *L. 7, Cod. de Incol. Cives origo, incolas verò domicilium facit, et in eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde non discessurus si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur : quò si redit, peregrinari jam destitit.*

Voy. d'Argentré, *in art.* 449, *Consuet. Britan.* le nouveau Répertoire et le et le Nouveau Denisart, au mot *Domicile.* Domat, Rodier, sur l'art. 3, tit. 2 de l'ordonnance de 1667; Duparc-Poullain, Principes de droit, tom. II, pag. 2. Le titre du Digeste, *ad Munic. et de Incolis*; celui du Code *de Incolis.*

quel est le juge naturel de la personne. Ainsi, c'est devant le juge de paix du domicile d'une personne que ses parents doivent être assemblés pour lui nommer un tuteur ou un curateur, et dans tous les cas où il est nécessaire de consulter le conseil de famille.

C'est aussi le domicile de la personne qui règle le lieu où elle doit être assignée, et, le plus souvent, le tribunal où ses affaires doivent être portées.

Le second effet du domicile concerne les successions. C'est le domicile du défunt, et non pas l'endroit où il est mort, qui détermine le lieu où s'ouvre la succession, et par conséquent le tribunal où doivent être portées toutes les questions qui y sont relatives, telles que les partages, le paiement des dettes, etc.

Enfin, un troisième effet du domicile est de déterminer le lieu où la personne doit se marier; mais le domicile nécessaire pour contracter mariage est assujetti à des règles particulières, qui seront expliquées au titre du mariage.

367. L'homme ne peut avoir qu'un seul domicile réel (1); car il ne peut en même temps placer en deux endroits le siége principal de sa fortune et de ses affaires. L'unité du domicile réel est positivement établie par l'art. 102, qui porte que le domicile de tout Français est au lieu où il a son principal établissement. C'est par cette raison qu'on retrancha comme inutile la disposition ajoutée dans le projet de Code, que la loi ne reconnaît au citoyen qu'un seul domicile.

Les autres lieux qu'un citoyen peut habiter tour-à-tour, outre celui de son domicile réel, ne sont donc que de simples résidences, et l'on ne doit plus s'arrêter aujourd'hui aux principes de l'ancienne jurisprudence, qui reconnaissait en certains cas deux domiciles, et qui distinguait un domicile de droit et un domicile de fait (2).

368. Mais on peut avoir autant de domiciles élus ou conventionnels, qu'on a souscrit d'actes différents; car il arrive souvent que des citoyens qui contractent, élisent un domicile pour l'exécution du contrat, en stipulant que les assignations nécessaires pour cette exécution seront données en un lieu déterminé. Cette stipulation conserve sa force après la mort des contractants, et lie leurs héritiers et ayant cause (3).

(1) *Voy.* le discours du tribun Malherbe, dans l'Exposé des motifs; Locré, tom. 2, pag. 211, tit. 3 du domicile.

(2) Duparc-Poullain, Principes du Droit, tom. II, pag. 8.

(3) *Voy.* un arrêt du 30 juin 1744; Journal du parlement de Bretagne, tom. III, chap. 124; Principes du Droit, tom. 11, pag. 15.

369. Mais elle ne constitue qu'un domicile imparfait : et l'art. 111 du Code civil, dont la disposition est répétée dans l'art. 59 du Code de procédure, veut que, dans ce cas, le demandeur ait l'option de former les significations, demandes et poursuites relatives à l'exécution de ces actes, soit devant le tribunal du domicile élu, soit devant celui du domicile réel du défendeur.

370. Le domicile réel est de deux espèces : le domicile originaire et le domicile de choix.

371. C'est la naissance qui donne à l'homme son premier domicile. En tout pays, les enfants n'ont pas d'autre domicile que celui de leur père; ils n'en peuvent avoir d'autres jusqu'à leur émancipation; et, lorsque le père est décédé, son dernier domicile continue d'être celui de ses enfants qui n'en ont pas choisi un autre, ou qui ne sont pas sous la puissance d'un tuteur : le vieillard même, après avoir vécu loin de la maison paternelle, y conserve encore son domicile, s'il n'a pas manifesté la volonté d'en prendre un autre.

372. Mais aussitôt que l'homme est sorti, par l'émancipation ou par la majorité, de la puissance de ses père et mère, il devient libre de changer son domicile et de choisir celui qui lui convient. Pour dissiper les doutes que ce changement peut faire naître, l'art. 103 établit en principe général qu'il ne peut s'opérer que par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement; car le fait doit toujours concourir avec l'intention. La résidence la plus longue ne prouve rien, si elle n'est pas accompagnée de la volonté, tandis que, si l'intention est constante, elle opère le changement avec la résidence la plus courte, ne fût-elle que d'un jour; car du moment que le fait concourt avec l'intention, il forme ou change le domicile sans aucun délai. Il ne suffit donc pas de manifester la volonté de changer de domicile, comme il ne suffit pas de changer de résidence. L'intention qui n'est point accompagnée du fait, peut n'indiquer qu'un projet resté sans exécution : le fait qui n'est point accompagné d'intention déterminée ou manifestée, peut n'indiquer qu'un essai, qu'un déplacement passager, ou l'établissement d'une habitation secondaire : il faut, pour consommer un changement de domicile, la réunion du fait et de l'intention; tandis que, pour conserver le domicile acquis, il suffit de l'intention.

Le fait ne peut guère être douteux, mais l'intention l'est souvent. Toute la difficulté tient donc à l'embarras de recon-

naître avec certitude quand l'intention se trouve réunie au fait, et l'embarras peut être grand, lorsque l'individu réside alternativement en deux endroits différents.

373. L'intention est expresse ou présumée, et la présomption de l'intention est légale ou simple.

374. La preuve de l'intention expresse résulte d'une déclaration faite, tant à la municipalité du lieu qu'on quitte, qu'à celle du lieu où on a transféré son domicile.

Il faut bien remarquer cette double déclaration, exigée par l'art. 104. A défaut de l'une d'elles, la volonté de changer de domicile pourrait n'en être pas moins constante relativement à l'individu qui n'a fait qu'une déclaration; mais cette volonté peut rester douteuse à l'égard des tiers, ou leur être inconnue; et c'est par cette raison que les exploits, notifiés en un lieu qui n'est pas le vrai domicile, peuvent être déclarés valides suivant les circonstances.

375. La loi présume l'intention de changer le domicile, 1°. lorsqu'un citoyen accepte des fonctions conférées à vie (art. 107): son acceptation emporte de plein droit la translation de son domicile, aussitôt qu'il est rendu au lieu où il doit exercer ses fonctions. La loi lui suppose l'intention de remplir ses devoirs dans toute leur étendue : elle n'admettrait pas la preuve du contraire.

2°. La femme en se mariant est présumée avoir l'intention d'habiter avec son mari (art. 108); son devoir l'y oblige; elle est en sa puissance; elle ne peut avoir d'autre domicile que celui de son époux, quelque longue résidence qu'elle ait faite ailleurs.

3°. Le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère ou chez son tuteur (art. 108) : le majeur interdit a également le sien chez son tuteur.

4°. Enfin, les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, sont présumés établir leur domicile chez la personne qu'ils servent (art. 109), ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeurent avec elle dans la même maison : condition nécessaire pour restreindre le principe dans de justes bornes, et prévenir toute incertitude dans l'application.

376. Au défaut des présomptions légales qui fixent le domicile de l'individu, au défaut des déclarations expresses indiquées dans l'art. 104, on est forcé de recourir à de simples présomptions; et la preuve de l'intention dépend nécessairement des circonstances (art. 105), que les tribunaux seuls

peuvent apprécier. Le Code n'a donc pas voulu spécifier les indices propres à manifester l'intention, et il s'est borné à décider, conformément à l'ancienne jurisprudence, que le citoyen appelé à des fonctions révocables ou temporaires conserve le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire. (Art. 106.)

377. Quant aux circonstances qui peuvent faire présumer l'intention, on peut indiquer les suivantes, 1°. si l'individu réside dans la commune où il est né, car on est présumé retenir son domicile d'origine.

2°. S'il exerce ses droits politiques dans le lieu où il a son habitation; car, en séparant le domicile civil du domicile politique, on n'a pas entendu décider que le domicile politique ne servirait pas à faire reconnaître le domicile civil. Il fut, au contraire, observé au conseil d'état que l'exercice des droits politiques était un des caractères de l'établissement principal (1).

3° Si l'individu acquitte dans le même lieu ses contributions personnelles.

378. Si la maison d'habitation était située sur les limites des arrondissements de deux tribunaux différents, ce serait la principale porte d'entrée qui déterminerait le lieu du domicile (2).

TITRE IV.

Des absents.

SOMMAIRE.

379. On est absent quand on est hors de son domicile, et

(1) Locré, tom. 11, pag. 228. sur l'art. 102.
(2) D'Argentré, sur l'art. 265 de l'ancienne coutume de Bretagne; Duparc-Poullain, Principes du Droit, tom. 11, pag. 202; Gohard, Traité des bénéfices, tom. 1, pag. 782.

l'absence prolongée interrompt et suspend l'exercice des droits civils.

Telle est la liaison de ce titre avec les précédents.

Dans tous les instants de sa vie, et même avant qu'il soit né, la loi veille sur l'homme pour le protéger lorsqu'il se trouve dans l'impuissance de défendre sa personne ou ses biens. Si cette impuissance vient de l'âge ou du défaut de raison, la loi lui fait nommer un tuteur ou un curateur.

Si elle vient de son absence, la loi y pourvoit de la manière expliquée en ce titre.

380. L'ancienne législation française ni le droit romain ne contiennent de dispositions sur ce sujet important. Les questions qu'il faisait naître restaient abandonnées à la prudence des juges. L'exemple des choses jugées, qu'on appelle la jurisprudence des arrêts, était le seul guide qu'on eût sur la matière des absents; et les maximes éparses qu'on en avait tirées ne présentaient que des règles incomplètes, incohérentes, quelquefois contradictoires, et qui manquaient souvent de rectitude. Le Code a rempli cette lacune de la législation par des dispositions d'un droit absolument nouveau, et sur lequel les ouvrages antérieurs ne peuvent donner que des lumières incertaines et souvent trompeuses.

381. Le mot *absent* a deux acceptions bien différentes.

Dans le langage ordinaire on confond sous cette dénomination, ou plutôt on ne les distingue pas, 1°. celui qui ne se trouve pas au lieu où sa présence est nécessaire ou désirée, mais dont on connaît la résidence ou dont on a des nouvelles, et dont par conséquent l'existence n'est pas incertaine.

2°. Celui dont on ignore la résidence actuelle, ou dont on n'a pas de nouvelles, et dont par cette raison l'existence peut paraître douteuse.

La langue française ne présente point d'expressions propres et techniques pour différencier ces deux idées néanmoins très-différentes, et auxquelles il faut bien faire attention; car cette imperfection du langage répand beaucoup d'obscurité sur la matière.

382. La loi ne regarde point comme absent l'individu dont on a des nouvelles, quoiqu'il soit actuellement éloigné de son domicile ou du lieu où sa présence est desirée. L'article 840 le qualifie de *non présent*, par opposition aux *absents* proprement dits.

Les dispositions de ce titre ne se rapportent qu'à ces

derniers, c'est-à-dire, aux absents dont on n'a pas de nouvelles, et qui, par cette raison, laissent des doutes sur leur existence.

383. L'intérêt de l'absent, celui de sa famille, celui des tiers avec lesquels il a des relations, enfin l'intérêt public même, qui ne veut pas que les propriétés soient abandonnées ou trop long-temps incertaines, exigent en certains cas qu'on prenne des mesures relativement aux biens et aux droits de l'absent : ces mesures changent à des époques fixes. La loi les a graduées sur les différents degrés d'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent. Cette incertitude augmente en raison du temps qui s'est écoulé depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles : le Code a donc divisé l'absence en trois périodes.

La première commence au moment de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. Elle dure cinq ans au moins, s'il n'a point laissé de procuration, et onze ans s'il en a laissé une, quand même elle viendrait à cesser avant l'expiration des onze années : elle finit par le jugement qui déclare l'absence. Pendant cette première période, il ne peut y avoir que présomption d'absence.

La seconde période commence par la déclaration d'absence, époque à laquelle les héritiers présomptifs peuvent être provisoirement envoyés en possession des biens de l'absent, à la charge de donner caution.

Cette période dure trente années, à l'expiration desquelles commence la troisième période, qui peut même commencer avant les trente années, s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent. Dans cette troisième période, les héritiers peuvent obtenir l'envoi en possession définitive sans caution.

384. Ce titre est divisé en quatre chapitres. Le premier règle les effets de l'absence présumée, ou les mesures à prendre pendant la première période.

Le second chapitre détermine la manière de constater l'absence. Le troisième chapitre, divisé en trois sections, règle les effets de l'absence et les mesures à prendre pendant les seconde et troisième périodes. Le quatrième chapitre prescrit les mesures relatives à la surveillance des enfants de l'absent.

CHAPITRE PREMIER.

De la présomption d'absence.

SOMMAIRE.

385. Division des absents en deux classes; ce que c'est que la présomption d'absence.
386. Elle ne suffit pas pour autoriser la justice à prendre des mesures relatives aux intérêts de l'absent présumé.
387. Il faut qu'il y ait nécessité d'y pourvoir.
388. Il faut que les faits qui établissent la nécessité soient prouvés.
389. Exemples de quelques cas où il y a nécessité.
390. Quel tribunal doit statuer.
391. Quelles mesures il doit ordonner, précautions qu'il doit prendre.
392. Des successions, inventaires, partages et liquidations dans lesquelles l'absent est intéressé.
393. Des successions échues depuis la présomption d'absence.
394. Quelles personnes peuvent provoquer les mesures à prendre.
395. Du ministère public.

385. Le Code divise les absents en deux classes (1), en absents présumés dont parle ce chapitre, et en absents déclarés dont nous parlerons bientôt. Cette distinction inconnue dans l'ancien droit, a été introduite dans le nouveau, comme un moyen de donner les règles les plus précises et les plus avantageuses aux intérêts de l'absent, sur la protection que la loi lui accorde.

Lorsqu'un homme s'est éloigné de sa résidence ordinaire, on doit naturellement croire que son éloignement n'est que momentané. On connaît communément le lieu où il est allé et le motif de son éloignement; ou si on les ignore, c'est qu'il a eu des raisons de ne pas les faire connaître. S'il ne donne pas d'abord de ses nouvelles, ce n'est pas un motif pour concevoir des inquiétudes raisonnables sur son existence; il n'y a pas encore de présomption d'absence.

Mais s'il continue à ne pas donner de ses nouvelles, si son éloignement et son silence se prolongent, si le temps fixé pour son retour est écoulé sans que l'on sache la cause de son retardement, s'il est arrivé quelque événement malheureux dans lequel ou peut craindre qu'il ait été enveloppé, alors on ne peut s'empêcher de concevoir des inquiétu-

(1) *Voy.* Locré, tom. II, pag. 307 et 309, sur l'art. 112.

des raisonnables sur son existence, et de regarder son retour comme incertain : c'est alors seulement qu'il y a présomption d'absence dans le sens de la loi.

Car il faut remarquer que le premier article de ce chapitre, qui autorise à pourvoir à l'administration des biens de l'absent présumé, ne peut s'appliquer aux personnes seulement éloignées de leur domicile (1).

La présomption d'absence existe donc lorsqu'une personne a disparu du lieu de sa résidence accoutumée, et qu'on n'a point de ses nouvelles, mais que néanmoins la disparition n'a point encore duré cinq ans.

386. Cette présomption d'absence n'est point suffisante pour autoriser la justice à pourvoir à l'administration de ses biens, ni à se mêler de ses affaires. Sous le spécieux prétexte d'une protection précipitée, on pourrait préjudicier à ses intérêts au lieu de les servir : une telle précipitation nuirait à la liberté. Personne n'oserait s'éloigner du lieu qu'il habite, s'il avait à craindre que, sous prétexte de veiller à ses intérêts, on pût pénétrer dans le secret de ses affaires, ou s'immiscer dans l'administration de ses biens.

L'abandon même où elles se trouvent n'est point encore un motif suffisant pour se mêler, sans son aveu, des affaires de l'absent présumé : s'il a laissé une procuration, son mandataire est le seul qui doit agir pour lui, sons peine de répondre de sa négligence ; s'il n'en a point laissé, ou s'il n'a laissé qu'un mandat particulier, c'est peut-être à dessein de ne pas confier à un tiers les secrets de sa fortune ; c'est peut-être parce qu'il a préféré courir les risques du préjudice que pourrait lui causer, jusqu'à son retour, l'abandon de ses affaires. On ne doit donc pas lui nommer un mandataire, puisqu'il n'a pas voulu s'en donner un lui-même. En un mot, l'absent présumé, qui n'a pas pourvu à ses intérêts, est aux yeux de la loi dans le même cas que l'individu présent qui les néglige.

Voyons donc quand, et dans quelles circonstances on doit pourvoir aux intérêts de l'absent présumé.

387. Remarquons d'abord que, pour venir à son secours, la loi ne se règle pas, comme à l'égard de l'absent déclaré, sur le temps plus ou moins long qu'a duré sa disparition. On reconnut au conseil d'état qu'il eût été difficile de fixer un

(1) Locré, tom. 11, pag. 291, 297. *Au titre de la présomption d'absence.*

délai précis, et on posa en principe que c'était par la nécessité et par les circonstances qu'il fallait en juger (1).

Ce principe a été consacré par le Code, qui veut qu'on ne se détermine que par la loi impérieuse de la nécessité.

L'article 112 porte : « S'il y a *nécessité* de pourvoir à l'ad-
» ministration *de tout ou partie* des biens laissés par une
» personne présumée absente, et qui n'a *point de procureur*
» *fondé*, il y *sera statué* par le *tribunal* de première instance,
» sur la demande *des parties intéressées*. »

Pour bien entendre les dispositions de cet article, il faut examiner quand il y a nécessité de pourvoir aux affaires de l'absent présumé, quel tribunal doit y pourvoir, comment et à la diligence de quelles personnes.

388. Le Code veut d'abord qu'il y ait nécessité réelle ; c'est une condition sans laquelle le tribunal ne doit rien statuer : il faut donc qu'il existe des preuves positives de faits particuliers qui ne permettent pas de douter qu'on ne peut abandonner les affaires de l'absent au cours des événements, sans causer un préjudice notable, soit à lui-même, soit à des tiers.

La loi ne pouvait prévoir ni spécifier ces circonstances ; elles sont trop nombreuses et trop variées : elle pouvait encore moins les apprécier. Le législateur ne pouvait, sur ce point important, que s'en rapporter à la sagesse des tribunaux. C'est à eux qu'il appartient de juger quand il y a absence présumée et nécessité de pourvoir, en tout ou en partie, à l'administration des biens de l'absent: mais leurs jugements sont sujets à l'appel, suivant les règles ordinaires.

389. Il est impossible d'indiquer tous les cas où il y a nécessité d'agir, soit pour l'intérêt de l'absent présumé, soit pour l'intérêt des tiers : on peut seulement en citer des exemples.

Si les terres restent abandonnées sans culture, la bonne police exige qu'il y soit pourvu pour le bien de la société, qui a intérêt d'assurer ses propres subsistances (2). L'intérêt du public se trouve, en ce cas, uni à l'intérêt de l'absent.

Si sa maison, ses meubles et ses provisions dépérissaient (3), il y aurait nécessité d'y pourvoir.

S'il était nécessaire de prévenir l'insolvabilité d'un débiteur, d'empêcher une prescription de s'accomplir, il y aurait en-

(1) Locré, tom. 11, pag. 297, sur l'art. 112.
(2) Tronchet. *Voy.* Locré, tom. 11, pag. 282, au titre des absents.
(3) *Ibid.*, pag. 299, sur l'art. 112.

core nécessité d'agir. Il est enfin une foule de cas où l'intérêt de l'absent présumé exige qu'il soit fait des actes conservatoires ou des poursuites, qu'il soit pris des précautions pour conserver ses biens.

Dans le cas d'un dépôt, dont il y a preuve par écrit, le déposant ayant droit de se faire rendre les effets déposés avant le retour incertain de l'absent, il y a nécessité de faire ouvrir la maison pour les y chercher (1).

Lorsque l'absent a des intérêts communs avec un tiers, par exemple, dans le cas d'une société dont l'acte refuse à l'un des associés d'agir seul pour la société, il y a nécessité que l'associé présent ait recours à la justice pour s'y faire autoriser.

Enfin, dans le cas d'une succession ouverte avant son absence, il y a nécessité pour l'intérêt de ses cohéritiers, et pour le sien, de faire représenter l'absent comme nous le dirons bientôt.

390. Lorsqu'il est nécessaire de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens d'un absent présumé, le Code dit qu'il y sera statué par le tribunal de première instance; mais il n'indique pas quel est ce tribunal, si c'est celui du domicile ou celui de la situation des biens. La question fut agitée au conseil d'état, où il fut décidé, dans la séance du 4 frimaire an X, que la présomption d'absence doit être jugée par le tribunal du domicile, et que, d'après ce jugement, chaque tribunal doit pourvoir à l'administration des biens situés dans son ressort. La rédaction de l'article 112 fut même changée et réformée dans le sens de cette décision; mais ces changements n'avaient pas été insérés dans le projet imprimé, sur lequel le conseil discutait; ils y avaient été ajoutés à la main par le rapporteur. Mais la discussion du Code ayant été suspendue en l'an X, ne fut reprise qu'en l'an XI, dix mois après la suspension. Le titre des absents fut discuté sur le projet imprimé; et comme on n'y avait point inséré les changements et amendements arrêtés dans la rédaction de l'art. 112, le laps de dix mois les fit oublier, et ils furent omis dans la rédaction définitive, quoique le conseil n'eût pas changé d'avis.

(1) Locré, tom. 2. pag. 324, sur l'art. 112. Dans l'Exposé des motifs, édit. de Didot, tom. 11, pag. 170, M. Bigot de Préameneu met au nombre des affaires urgentes qui emportent nécessité d'agir pour l'absent, l'exécution des *congés de loyer*, leur *paiement*, celui des *autres dettes exigibles*. Il est difficile de se rendre à cette opinion; autrement il faudrait dire qu'il y a nécessité dans tous les cas. Le créancier peut obtenir un jugement par défaut, et le faire exécuter comme dans le cas d'un débiteur présent.

Ces faits sont attestés par M. Locré, secrétaire-général du conseil d'état (1).

Il n'y a donc pas de loi sur cette question de compétence, mais la décision du conseil d'état est ici d'un poids d'autant plus grand, qu'elle est conforme à la raison. Avant de pourvoir à l'administration des biens, il faut juger le fait de la présomption d'absence ; or, il ne peut être bien jugé que dans le lieu où l'individu est connu, c'est-à-dire, au lieu de son domicile. Ce n'est pas au lieu de la situation des biens, souvent fort éloigné du domicile, et où peut-être il n'a jamais paru, qu'on peut juger si l'individu doit être réputé absent.

D'un autre côté, le tribunal du domicile ne peut bien connaître s'il est nécessaire de pourvoir à l'administration des biens situés sous un ressort éloigné, ni quelles mesures il est raisonnable de prendre à leur égard.

Ajoutez à cela que, dans l'esprit du Code, il ne doit pas être pris de mesures générales pour l'administration des biens de l'absent présumé, comme dans le cas de l'absent déclaré. Ainsi, quoique le tribunal du domicile ait décidé qu'il y a présomption d'absence, et qu'il est nécessaire de pourvoir aux biens situés dans son ressort, il est possible que la même nécessité n'existe pas à l'égard des biens situés sous un autre ressort.

391. Mais quelle mesure les tribunaux peuvent-ils ordonner ? Sur ce point le Code leur a laissé une latitude indéfinie. Il n'a point voulu règler le mode de pourvoir aux intérêts de l'absent, suivant la diversité des circonstances. Il s'est contenté de tracer aux juges une règle générale pour les guider et pour leur rappeler sans cesse son esprit. Quelle que soit la mesure qu'ils adoptent, il faut qu'il y ait *nécessité* de l'ordonner ; car cette expression de l'art. 112 s'applique autant à la manière de secourir l'absent présumé, qu'aux circonstances où il doit l'être. S'il y a *nécessité* de pourvoir, dit cet article, il ajoute *en tout* ou *en partie*, à l'administration des biens de l'absent présumé, *il y sera statué*, *etc.*

On ne doit donc pourvoir à l'administration que de la partie des biens à l'égard desquels il y a nécessité et non à l'égard des autres. Ainsi les tribunaux ne doivent point ordonner des mesures générales sans nécessité, ni même des mesures particulières. Ils doivent mesurer les secours sur les

(1) Tom. 11, pag. 301 et suiv., sur l'art. 112.

circonstances, les proportionner aux besoins, et ne les étendre jamais au-delà ; en un mot, se borner aux actes strictement et rigoureusement nécessaires.

Du reste, le Code n'ordonne aucune mesure, comme il n'en exclut aucune, pas même les recherches dans les papiers de l'absent, toujours en cas de nécessité, si elles étaient indispensables pour l'intérêt d'un tiers qui ne doit pas souffrir de l'éloignement de l'absent. Mais dans ce cas il convient que le magistrat, dont la bonne foi et la discrétion ne peuvent être suspectes à la personne éloignée, se transporte et fasse lui-même la visite pour extraire les papiers nécessaires, de manière à empêcher les tiers de pénétrer dans les secrets de l'absent.

Le Code n'exclut pas même la nomination d'un curateur, bien entendu qu'il n'ait que des pouvoirs limités. Ainsi on ne devrait pas lui permettre de faire l'inventaire des papiers de l'absent ; il suffit qu'un commissaire lui remette ceux qui sont nécessaires à sa mission particulière.

392. Le seul cas dans lequel la loi détermine les mesures à prendre pour l'absent présumé, est celui des successions, inventaires, partages, etc., dans lesquels il est intéressé. Avant les lois nouvelles, on nommait dans ce cas un curateur à l'absent; mais l'expérience ayant prouvé que cette mesure entraînait beaucoup d'abus, soit par la négligence, soit par la mauvaise foi des curateurs, l'assemblée constituante, par une loi du 11 février 1791, ordonna « que s'il y » avait lieu de faire des inventaires, comptes, partages et » liquidations dans lesquels se trouveraient intéressés des » absents qui ne seraient défendus par aucun fondé de pro- » curation, la partie la plus diligente s'adresserait au tri- » bunal compétent, qui commettra un notaire pour pro- » céder à la confection de ces actes. »

Une autre loi du 6 octobre 1791, art. 17, ordonna que les notaires qui représentaient les absents dans les inventaires, partages, etc., ne pourraient en même temps instrumenter dans les opérations qui les concernaient. »

Cette mesure sage a été maintenue par l'art. 113 du Code, qui porte : « Le tribunal, à la requête de la partie la plus » diligente commettra un notaire pour représenter les pré- » sumés absents, dans les inventaires, comptes, partages et » liquidations dans lesquels ils seront intéressés. »

Il faut remarquer que cette mesure de nommer un notaire n'est pas limitée aux absents présumés, elle s'applique à tous

les cohéritiers qui ne sont pas présents, quoiqu'il n'y ait pas contre eux de présomption d'absence : leur inaction ne peut nuire aux héritiers présents (1).

Mais il ne faut pas confondre le notaire nommé pour représenter les absents et les non présents au partage d'une succession, avec le notaire que le Code de procédure permet, dans les cas d'urgence (art. 928), de faire nommer pour eux, sans même les appeler, lorsqu'ils demeurent hors la distance de 5 myriamètres (art. 931, n°s. 3 et 942). Les fonctions de ce notaire se bornent à assister à la levée du scellé et à l'inventaire; au lieu que, pour faire représenter un absent ou un non présent dans un partage, il faut qu'il y ait une demande de partage, et par conséquent une assignation donnée à personne ou domicile. Elle est nécessaire pour s'assurer qu'ils n'ont pas laissé de procuration : c'est lorsqu'ils font défaut qu'on demande qu'il soit nommé un notaire pour les représenter. Il faut alors en nommer un pour chacun des absents ou non présents qui peuvent avoir des intérêts opposés, au lieu qu'il n'en faut nommer qu'un seul pour les représenter tous à la levée du scellé et à l'inventaire (Code de procédure, art. 942), qui ne sont que des actes préparatoires pour déterminer les habiles à succéder, à accepter ou à répudier la succession, à former ou à abandonner la demande de partage.

393. On peut demander s'il doit être nommé un notaire pour représenter les absents présumés, dans les successions ouvertes depuis la présomption d'absence, lorsque leurs cohéritiers ou ceux qui auraient succédé en leur place, ne reconnaissent pas leur existence; autrement, les absents présumés sont-ils habiles à recueillir les successions échues depuis leur absence? C'est une question sur laquelle le conseil d'état fut partagé, et que nous examinerons en expliquant les effets de l'absence. Observons seulement ici que l'art. 113 suppose qu'il y a des cas où l'absent présumé est admis à succéder; c'est, par exemple, lorsque les héritiers présents l'exigent pour leur intérêt.

394. Il reste à parler des personnes qui peuvent provoquer des mesures pour l'administration des biens de l'absent.

Ce sont, dit l'art. 112, les *parties intéressées*, c'est sur leur *demande* que le tribunal doit *statuer*. Il faut donc qu'elles aient un intérêt légal, c'est-à-dire qui puisse être

(1) Locré, tom. 11, pag. 293 et 294 chapitre de la présomption d'absence. L'art. 928 du Code de procédure.

la base d'une action. Un intérêt éventuel, tel que celui des héritiers présomptifs, un intérêt de pure affection, tel que celui des parents, ne suffisent pas pour les autoriser à agir par action directe, et à requérir une mesure déterminée, comme des recherches dans les papiers, la location des fermes, etc. : la loi a fixé le moment où il est permis aux héritiers d'agir ; c'est celui où il y a lieu de suivre la déclaration d'absence (1). Les parties intéressées, dans le sens de l'art. 112, sont les créanciers, les associés ; en un mot, les tiers qui ont un intérêt né et actuel à provoquer la mesure sur laquelle ils veulent faire prononcer.

395. Mais les parents et même les amis peuvent, par voie de réquisition, stimuler le ministère public d'agir, en l'avertissant que les affaires de l'absent sont en souffrance, et en le laissant ensuite requérir ce qu'il croit le plus convenable ; car l'art. 114 charge spécialement le ministère public de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes, et il doit être entendu sur toutes les demandes qui les concernent.

Ainsi il a deux fonctions ; l'une de former lui-même les demandes qu'il juge convenables pour les intérêts de l'absent, l'autre d'appuyer ou de contredire les demandes formées par les tiers intéressés.

CHAPITRE II.

De la déclaration d'absence.

SOMMAIRE.

396. En quoi consiste cette formalité qui est nouvelle, division du chapitre.

396. La déclaration d'absence est une formalité nouvelle, inconnue dans notre ancienne jurisprudence, et qui consiste dans un jugement par lequel, avant de statuer sur l'administration des biens d'une personne qui a disparu de son domicile, les juges déclarent qu'elle doit être considérée comme absente. Autrefois, lorsqu'un homme était absent, s'il s'était écoulé sept ans dans certaines coutumes, et dix ans en d'autres (2), sans qu'on eût reçu de ses nouvelles, ses héritiers

(1) Locré, tom. 11, pag. 323 et 324, sur l'art. 112.

(2) Anjou, art. 269; Maine, art. 287. Duparc-Poullain, Principes du droit français, tom. 11, pag. 46. Locré, tom. 11, pag. 338 sur l'art. 115.

présomptifs se faisaient envoyer en possession de ses biens sur un simple acte de notoriété. C'est pour faire cesser les abus qui pouvaient en résulter, que le Code a établi des règles fixes et uniformes sur ce point important. Nous verrons en ce chapitre,

1°. Quand et par qui la déclaration d'absence peut être provoquée;

2°. A quel tribunal il faut s'adresser, et comment l'absence doit être constatée et jugée;

3°. Les règles particulières aux militaires et aux marins.

SECTION PREMIÈRE.

Quand et par qui la déclaration d'absence peut être provoquée.

SOMMAIRE.

397. Il faut trois circonstances pour que la déclaration d'absence puisse être provoquée.
398. *Quid*, si l'absent a laissé une procuration.
399. Quelles personnes peuvent provoquer l'absence.

397. Pour que la déclaration d'absence puisse être provoquée contre un citoyen, il faut le concours de trois circonstances.

1°. Éloignement du domicile et de la résidence;

2°. Défaut de nouvelles;

3°. Laps de quatre années écoulé depuis son éloignement ou depuis ses dernières nouvelles.

A défaut de l'une de ces trois circonstances, la demande en déclaration d'absence doit être rejetée.

« Lorsqu'une personne, dit l'art. 115, aura cessé de pa- » raître au lieu de son domicile ou de sa résidence (1), et » que depuis quatre ans on n'en aura point eu de nouvelles, » les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tri- » bunal de première instance, afin que l'absence soit dé- » clarée. »

398. Si l'absent avait laissé une procuration, les parties intéressées ne pourraient poursuivre la déclaration d'absence

(1) La première rédaction portait: « Celui qui aurait disparu de son domicile ou de sa résidence, *ou* dont on n'aurait aucunes nouvelles... »

La conjonction alternative *ou* fut effacée et remplacée par la cumulative *et*. *Voy.* Locré, tom. 11, pag. 336, sur l'art. 115.

qu'après dix ans révolus depuis sa disparition, ou depuis ses dernières nouvelles (art. 121), quand même la procuration viendrait à cesser avant l'expiration des dix années. (Art. 121 et 122.)

399. Nous avons vu ci-dessus que dans le cas de l'art. 112, qui parle de la présomption d'absence, *les parties intéressées* ne sont pas les héritiers, mais les créanciers, les associés et tous les tiers qui ont un intérêt légal et actuel à provoquer des mesures promptes pour l'administration des biens de l'absent. Dans le cas de l'art. 115 au contraire, les parties *interressées* à poursuivre la déclaration d'absence ne sont ni les créanciers, ni les autres tiers qui, n'étant pas obligés d'attendre les formalités lentes, prescrites pour parvenir à la déclaration d'absence, ont une voie plus courte en provoquant, en vertu de l'art. 112, même depuis la demande en déclaration d'absence, les mesures qu'exige la situation de leurs affaires.

Les parties *intéressées*, dans le sens de l'art. 115, sont donc les héritiers présomptifs, et même ceux d'un degré postérieur, lorsque ceux du degré le plus proche négligent d'agir (1), l'autre époux, les personnes qui auraient la propriété des biens dont l'absent n'avait que l'usufruit: en un mot, tous ceux qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès.

SECTION II.

A quel tribunal il faut s'adresser, et comment l'absence peut être constatée et jugée.

SOMMAIRE.

400. Il faut s'adresser au tribunal de première instance.
401. Enquêtes qui doivent être faites.
402. Les parents peuvent être témoins.
403. Les juges ne sont point obligés de déclarer l'absence, et peuvent rejeter la demande.
404. Comment les témoins sont entendus, et qu'il faut avoir égard aux autres documents.
405. Le jugement qui déclare l'absence ne peut être rendu qu'un an après celui qui ordonne les enquêtes.
406. Publicité donnée aux jugements préparatoires et définitifs.

400. C'est au tribunal de première instance du domicile

(1) Locré, tom. 2, pag. 342. sur l'art 115.

de l'absent que les parties intéressées doivent adresser leur requête, en y joignant les pièces et documents, s'il en existe de propres à justifier leur demande.

401. Le tribunal ordonne qu'il sera fait, contradictoirement avec le procureur du Roi, une enquête, non-seulement dans l'arrondissement du domicile, mais encore dans celui de la résidence, s'ils sont distincts l'un de l'autre (art. 116). Le tribunal procède à la première enquête, et envoie une commission rogatoire au tribunal civil du lieu de la résidence, pour faire procéder à la seconde.

402. Les parents, et même les successibles de l'absent, sont admis comme témoins dans cette enquête, parce qu'ils sont ordinairement plus en état d'avoir des nouvelles de l'absent.

D'ailleurs ils ont pour contradicteur le procureur du Roi, et puis le tribunal apprécie le degré de confiance que méritent leurs dépositions, comme il apprécie le résultat des preuves.

403. Le Code laisse sur ce point la plus grande latitude aux juges : il ne leur prescrit que des règles négatives. Ils ne doivent pas prononcer la déclaration d'absence, à défaut des conditions et des preuves qu'il indique, mais ils ne sont point obligés de la prononcer toutes les fois que les dépositions des témoins établissent le concours des trois circonstances indiquées par l'art. 115, c'est-à-dire, l'éloignement du domicile et le défaut de nouvelles depuis quatre ans. Dans ce cas-là même, s'ils sont persuadés que l'absence n'est pas certaine, ils peuvent rejeter la demande ou prolonger les délais. Ils ne sont liés par aucune règle positive. Ils sont les maîtres d'apprécier, suivant leur conscience, les circonstances et le mérite des preuves. Tel est le sens de l'art. 117, qui veut que le tribunal en statuant sur la demande, ait d'ailleurs égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent.

Tel serait le projet annoncé par l'absent de séjourner plusieurs années dans quelque contrée lointaine; l'entreprise d'un voyage de terre ou de mer, qui, par son objet ou ses grandes distances, exigerait un très-long temps (1).

Tels seraient encore les cas de la captivité de l'absent, de la perte d'un navire et d'autres événements qui pourraient déterminer les juges à prolonger les délais (2).

(1) *Voy.* Locré, tom. 11, pag. 362 sur l'art 117.
(2) Bigot-Préameneu. Exposé des motifs, tom. 11, pag. 174 et 175.

404. Les témoins sont entendus dans les formes ordinaires, contradictoirement avec le procureur du Roi qui peut aussi produire ses témoins.

Au reste, la preuve testimoniale n'est point seule admise; on doit consulter les lettres, les actes et toutes les pièces capables de justifier ou détruire les faits d'absence.

405. C'est après avoir apprécié toutes ces preuves et documents que le tribunal peut prononcer la déclaration d'absence; mais son jugement ne peut être rendu qu'un an après celui qui a ordonné l'enquête. Ainsi l'absence ne peut être déclarée qu'après cinq ans au moins, si l'absent n'a pas laissé de procuration, et onze ans s'il en a laissé une.

406. Le procureur du Roi doit envoyer, aussitôt qu'ils sont rendus, les jugements tant préparatoires que définitifs, au grand-juge, ministre de la justice, qui les rend publics. (Art. 118.)

La publicité donnée au jugement qui ordonne l'enquête, est un appel fait à l'absent. Il peut en avoir connaissance par les papiers publics; il faut lui laisser le temps de reparaître, ou de donner de ses nouvelles. C'est par ce motif que le jugement qui déclare l'absence, ne peut être rendu qu'un an après le premier.

SECTION III.

Règles particulières aux militaires et aux marins.

SOMMAIRE.

407. Elles sont établies par les lois du 11 ventôse et 16 fructidor an 11, et 6 brumaire an v.
408. Que doit faire le juge de paix qui met les scellés, lorsqu'un militaire absent a des droits à la succession.
409. Le maire de la commune doit lui faire nommer un curateur.
410. Ce que doit faire le curateur.
411. Comment peuvent être rapportées les procurations des militaires.
412. Conseil officieux qui doit leur être nommé.
413. La prescription ni la péremption ne s'acquièrent pas contre eux.
414. On ne peut saisir leurs immeubles ni les déposséder.
415. Les jugements ne peuvent être exécutés contre eux sans caution.
416. On peut provoquer contre eux la déclaration d'absence et comment.
417. Disposition de la loi du 13 janvier 1817 (1), relative aux moyens de constater le sort des militaires absents, qui étaient en activité pen-

(1) *Voy.* la loi du 13 janvier 1817, relative aux moyens de constater le sort des militaires absents, tom. XLIV, pag. 33.

dant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au 20 novembre 1815.

407. Les règles tracées par le Code sur la présomption et sur la déclaration d'absence, s'appliquent à tous les citoyens à l'exception des militaires, sur l'absence desquels les lois des 11 ventôse, 16 fructidor an II et 6 brumaire an V ont établi des règles particulières auxquelles le Code n'a point dérogé; car, suivant la loi du 30 ventôse an XII, il n'y a d'abrogées dans les lois antérieures, que celles qui sont relatives à des matières qui font l'objet du Code; or, il ne s'est pas occupé des militaires absents. Aussi un décret du 16 mars 1807 (1), ordonna la publication des trois lois citées, dans les départements au-delà des Alpes, alors réunis à la France, ce qui suppose qu'elles avaient continué d'être en vigueur dans le reste de la France. Elles continuent donc de l'être encore aujourd'hui, car l'art. 68 de la Charte veut que toutes les lois existantes, qui ne sont pas contraires à ses dispositions, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé.

408. La loi du 11 ventôse an II, ordonne (art. 1er.) au juge de paix qui a mis les scellés sur les effets et papiers d'une succession à laquelle un militaire est appelé, de lui en donner immédiatement avis s'il sait à quel corps ou armée il est attaché; il doit également en instruire le ministre de la guerre, et le double de ses lettres doit être copié à la suite de son procès verbal, avant de le présenter à l'enregistrement.

409. (Art. 2.) Si dans le délai d'un mois, le militaire ne donne pas de ses nouvelles, et n'envoie point de procuration, l'agent national, aujourd'hui remplacé par le maire de la commune, dans laquelle la succession s'est ouverte, doit convoquer sans frais le conseil de famille, pour nommer un curateur à l'absent.

410. (Art. 3.) Le curateur peut provoquer la levée des scellés, assister à leur reconnaissance, faire procéder à l'inventaire et à la vente des meubles et en recevoir le prix, à la charge d'en rendre compte soit au militaire, soit à son fondé de pouvoir. Il administre les immeubles en bon père de famille. (Art. 4.)

411. La loi du 16 fructidor an II, étend (art. 1er.) les dispositions de la précédente aux officiers de santé, et à tous les citoyens attachés au service des armées; elle donne

(1) *Voy.* aussi un arrêt de la cour de Bruxelles du 24 mai 1809, qui ordonne l'exécution de ces lois. Sirey, an 1809, 2e. part., pag. 382 et 383.

au conseil d'administration du corps auquel les militaires appartiennent, le pouvoir de rapporter leurs procurations, dans le cas où, se trouvant au bivouac ou en pays ennemi, ils ne pourraient avoir de notaires.

412. Enfin la loi du 6 brumaire an V, ajoute à ces dispositions des mesures pour la conservation des propriétés des défenseurs de la patrie. Elle veut, 1°. qu'il soit nommé par les tribunaux civils trois citoyens qui formeront un conseil officieux, chargé de consulter, et de défendre gratuitement les affaires des défenseurs de la patrie et des autres citoyens absents pour le service des armées de terre et mer.

414. 2°. Aucune prescription ni péremption d'instance ne peut s'acquérir contre eux depuis leur départ jusqu'à l'expiration d'un mois après la publication de la paix générale, ou après la signature du congé absolu qui leur serait délivré avant cette époque.

Le délai est de trois mois, si au moment de la paix ou de l'obtention du congé absolu, ces citoyens font leur service hors de la république, mais en Europe; de huit mois, dans les colonies en-deçà du Cap de Bonne-Espérance, et de deux ans au-delà de ce Cap.

414. (Art. 4.) Les jugements prononcés contre eux ne peuvent donner lieu au décret, ni à la dépossession d'aucun immeuble pendant les délais ci-dessus énoncés.

415. (Art. 5.) Aucun de ces jugements ne peut être mis à exécution, qu'autant que la partie poursuivante aura présenté et fait recevoir par le tribunal qui aura rendu le jugement, une caution solvable de rapporter, le cas échéant.

416. Ces dispositions si favorables aux militaires, n'empêchent pas qu'on ne puisse provoquer contre eux la déclaration d'absence, mais dans le cas seulement où ils ont disparu du corps auquel ils étaient attachés; car c'est à son corps, c'est sous le drapeau qu'est le lieu de la résidence d'un militaire. Il faut donc commencer par s'assurer qu'il a disparu de son corps, et qu'il ne se trouve plus sous le drapeau. Les procureurs du Roi sont chargés de demander préalablement et par écrit au ministre de la guerre ou de la marine, des renseignements sur le militaire présumé absent, et il doit en être fait mention dans les jugements soit préparatoires, soit définitifs, suivant une circulaire du ministre de la justice du 16 décembre 1806 (1).

(1) Rapporté dans le Recueil de Sirey, Décis. div., an 1808, pag. 30.

417. Il s'était élevé des difficultés sur les moyens de constater le sort des militaires ou marins, qui étaient en activité pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792, jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815. Ces difficultés ont été aplanies par la loi du 13 janvier 1817, dont voici les dispositions:

Art. 1er. Lorsqu'un militaire ou un marin en activité pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815, aura cessé de paraître, avant cette dernière époque, à son corps et au lieu de son domicile ou de sa résidence, ses héritiers présomptifs ou son épouse pourront dès à présent se pourvoir au tribunal de son dernier domicile, soit pour faire déclarer son absence, soit pour faire constater son décès, soit pour l'une de ces fins au défaut de l'autre.

2. Leur requête et les pièces justificatives seront communiquées au procureur du Roi, et par lui adressées au ministre de la justice qui les transmettra au ministre de la guerre ou au ministre de la marine, selon que l'individu appartiendra au service de terre ou à celui de mer, et rendra publique la demande, ainsi qu'il est prescrit à l'égard des jugements d'absence par l'article 118 du Code civil.

3. La requête, les extraits d'acte, pièces et renseignements recueillis au ministère de la guerre ou de la marine, sur l'individu dénommé dans ladite requête, seront renvoyés par l'intermédiaire du ministre de la justice, au procureur du Roi.

Si l'acte de décès a été transmis au procureur du Roi, il en fera immédiatement le renvoi à l'officier de l'état civil, qui sera tenu de se conformer à l'article 68 du Code civil.

Le procureur du Roi remettra le surplus des pièces au greffe, après avoir prévenu l'avoué des parties requérantes, et, à défaut d'acte de décès, il donnera ses conclusions.

4. Sur le vu du tout, le tribunal prononcera.

S'il résulte des pièces et renseignements fournis par le ministre que l'individu existe, la demande sera rejetée.

S'il y a lieu seulement de présumer son existence, l'instruction pourra être ajournée pendant un délai qui n'excèdera pas une année.

Le tribunal pourra aussi ordonner les enquêtes prescrites par l'article 116 du Code civil, pour confirmer les présomptions d'absence résultant desdites pièces et renseignements.

Enfin l'absence pourra être déclarée, ou sans autre instruction, ou après ajournement et enquêtes, s'il est prouvé que l'individu a disparu sans qu'on ait eu de ses nouvelles, savoir : depuis deux ans, quand le corps, le détachement ou l'équipage dont il faisait partie, servait en Europe; et depuis quatre ans, quand le corps, le détachement ou l'équipage se trouvait hors de l'Europe.

5. La preuve testimoniale du décès pourra être ordonnée, conformément à l'article 46 du Code civil, s'il est prouvé, soit par l'attestation du ministre de la guerre ou de la marine, soit par tout autre voie légale, qu'il n'y a pas eu de registres, ou qu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou en partie, ou que leur tenue a éprouvé des interruptions.

Dans le cas du présent article, il sera procédé aux enquêtes contradictoirement avec le procureur du Roi.

6. Dans aucun cas, le jugement définitif portant déclaration d'absence ou de décès ne pourra intervenir qu'après le délai d'un an, à compter de l'annonce officielle prescrite par l'article 2.

7. Lorsqu'il s'agira de déclarer l'absence ou de constater en justice le décès des personnes mentionnées en l'article 1er. de la présente loi, les jugements contiendront uniquement les conclusions, le sommaire des motifs et le dispositif, sans que la requête puisse être insérée. Les parties pourront même se faire délivrer, par simple extrait, le dispositif des jugements interlocutoires; et, s'il y a lieu à enquête, elles seront mises en minute sous les yeux des juges.

8. Le procureur du Roi et les parties requérantes pourront interjeter appel des jugements, soit interlocutoires, soit définitifs.

L'appel du procureur du Roi sera, dans le délai d'un mois à dater du jugement, signifié à la partie au domicile de son avoué.

Les appels seront portés à l'audience sur un simple acte, et sans aucune procédure.

9. Dans le cas d'absence déclarée en vertu de la présente loi, si le présumé absent a laissé une procuration, l'envoi en possession provisoire sous caution pourra être demandé, sans attendre le délai prescrit par les articles 121 et 122 du Code civil, mais à la charge de restituer, en cas de retour, sous les déductions de droit, la totalité des fruits perçus pendant les dix premières années de l'absence.

Les parties requérantes qui posséderont des immeubles

reconnus suffisants pour répondre de la valeur des objets susceptibles de restitution, en cas de retour, pourront être admises par le tribunal à se cautionner sur leurs propres biens.

10. Feront preuve en justice, dans les cas prévus par la présente loi, les registres et actes de décès des militaires, tenus conformément aux articles 83 et suivants du Code civil, bien que lesdits militaires soient décédés sur le territoire français, s'ils faisaient partie des corps ou détachements d'une armée active ou de la garnison d'une ville assiégée.

11. Si les héritiers présomptifs ou l'épouse négligent d'user du bénéfice de la présente loi, les créanciers ou autres personnes intéressées pourront, un mois après l'interpellation qu'ils seront tenus de leur faire signifier, se pourvoir eux-mêmes en déclaration d'absence ou de décès.

12. Les dispositions de la présente loi sont applicables à l'absence ou au décès de toutes les personnes inscrites aux bureaux des classes de la marine, à celles attachées par brevets ou commissions aux services de santé, aux services administratifs des armées de terre ou de mer, ou portées sur les contrôles réguliers des administrations militaires.

Elles pourront être appliquées par nos tribunaux à l'absence et au décès des domestiques, vivandiers et autres personnes à la suite des armées, s'il résulte des rôles d'équipage, des pièces produites, et des registres de police, permissions, passeports, feuilles de route et autres registres, déposés aux ministères de la guerre et de la marine, ou dans les bureaux en dépendants, des preuves et des documents suffisants sur la profession desdites personnes et sur leur sort.

13. Les dispositions du Code civil, relatives aux absents, auxquelles il n'est pas dérogé par la présente loi, continueront d'être exécutées.

CHAPITRE III.

Des effets de l'absence.

SOMMAIRE.

418. L'absent n'est présumé ni vivant, ni mort pendant les deux premières périodes de l'absence.

419 L'incertitude de sa vie oblige à prendre des mesures pour l'administration de ses biens.
420. Division du chapitre.

418. Pendant les deux premières périodes de l'absence, on regarde la vie et la mort de l'absent comme également incertaines (1). Un absent n'est aux yeux de la loi ni mort ni vivant. C'est à ceux qui ont un intérêt qu'il soit vivant à prouver sa vie ; de même que c'est à ceux qui ont un intérêt qu'il soit mort, à prouver son décès.

Lorsqu'un individu après avoir disparu de son domicile, ne fait donner de ses nouvelles ni à ses parents, ni à ses amis, il est naturel de croire que son silence a des causes extraordinaires, et cette cause peut être son décès. Alors s'élèvent deux présomptions contraires ; l'une de sa mort par le défaut de nouvelles, l'autre de sa vie par le cours ordinaire de la nature. La juste conséquence de ces deux présomptions contraires est l'état d'incertitude (2).

419. Néanmoins, la seule incertitude de la vie de l'absent et la protection que lui doit la société, obligent à prendre des mesures provisoires pour l'administration de ses biens.

420. C'est sur ces principes que le Code a réglé les effets de l'absence pendant les deux premières périodes. Il les envisage sous trois rapports, 1°. par rapport aux biens présents ; 2°. par rapport aux droits éventuels; 3°. par rapport au mariage. Ce chapitre est donc divisé en trois sections.

SECTION PREMIÈRE.

Des effets de l'absence, relativement aux biens que possédait l'absent au jour de sa disparition.

L'effet principal de l'absence déclarée, est l'envoi des héritiers en possession des biens de l'absent : cet envoi peut être provisoire ou définitif. Nous diviserons donc cette section en deux paragraphes.

(1) Tronchet, dans Locré, tom. 2, pag. 378, au chap. 3, *des effets de l'absence*. Ce principe, adopté par les rédacteurs du Code, est bien développé dans le Nouveau Dénisart, au mot *Absence*, §. 2, pag. 49.
(2) Bigot de Préameneu, Exposé des motifs.

§. Ier.

De l'envoi en possession provisoire.

SOMMAIRE.

421. Pendant l'absence présumée, on ne prend aucune mesure générale pour l'administration des biens de l'absent ; on se borne aux mesures rigoureusement nécessaires et commandées par son intéret, ou par l'intérêt des tiers qui ont des droits à exercer contre lui, ou des affaires qui lui sont communes. L'intérêt de ses héritiers n'est compté pour rien dans cette première période; mais à mesure que l'absence sans nouvelles se prolonge, l'incertitude de la vie de l'absent augmente. Il devient aussi plus urgent de pourvoir à l'administration générale de ses biens; et ces biens devant appartenir aux parents que la loi appelle à succéder, il est juste de les autoriser à veiller à la

conservation d'une fortune à laquelle ils ont des droits légitimes, quoiqu'éventuels; il est politique de faire servir l'intérêt personnel des héritiers à protéger les intérêts de l'absent.

Tels ont été les motifs qui ont engagé le législateur à confier l'administration des biens de l'absent à ses héritiers, d'abord en qualité de dépositaires, plutôt que de nommer un administratenr étranger. On a pensé qu'il valait mieux appeler l'affection, et surtout l'interêt personnel au secours de l'absent; de-là l'envoi en possession provisoire. Nous examinerons à qui, quand, comment et à quelles conditions cet envoi peut être accordé, quels en sont les effets, à quels biens il s'étend, et comment il peut cesser.

422. Suivant l'art. 120: « Dans le cas où l'absent n'aurait » point laissé de procuration pour l'administration de ses » biens, ses héritiers présomptifs, au jour de sa disparition ou » de ses dernières nouvelles, pourront, en vertu du jugement » définitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en » possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent » au jour de son départ ou des dernières nouvelles, à la » charge de donner caution pour la sûreté de leur administration. »

Si le Code préfère les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, ce n'est pas qu'il le présume mort à cette époque. Cette présomption serait presque toujours contraire à la vérité; car il est certain, par exemple, que l'absent était vivant le jour où il a écrit pour donner de ses nouvelles.

L'absent, comme nous l'avons dit, n'est ni vivant ni mort aux yeux de la loi; mais sa vie étant devenue incertaine depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles, il est nécessaire de préférer ceux qui étaient ses héritiers présomptifs à cette époque. Car si d'autres prétendaient les exclure en alléguant qu'ils sont préférables au jour de la déclaration d'absence, ou à une autre époque intermédiaire, il leur faudrait prouver que l'absent était encore vivant à cette même époque, à laquelle ils sont en droit d'exclure ceux que la loi appelait au jour de la disparition ou des dernières nouvelles; car c'est à ceux qui ont un intérêt qu'il fût vivant à une certaine époque, de prouver sa vie à la même époque, suivant la maxime *ei incumbit probatio, qui dicit. L.* 2, *ff. de Probat.* Forcée de donner les biens de l'absent à ses héritiers, la loi a donc dû préférer ceux qui étaient appelés au moment de la

disparition ou des dernières nouvelles, et par conséquent leurs héritiers ou ayant cause.

423. De-là il résulte que si l'absent, au moment de sa disparition ou des dernières nouvelles, n'avait pour héritiers que son père et des collatéraux maternels, ceux-ci partageraient l'envoi en possession avec le père, sans pouvoir être exclus par les frères ou sœurs de l'absent qui seraient nés d'un second mariage contracté par le père depuis la disparition du fils.

De-là il résulte encore que si l'absent avait pour héritiers, au jour de sa disparition ou des dernières nouvelles, deux cousins-germains dont l'un serait mort deux ou trois ans après, les enfants du cousin décédé, ses héritiers collatéraux, ou même ses héritiers institués ou légataires universels, partageraient l'envoi en possession des biens de l'absent avec le cousin survivant, parce qu'ils exercent les droits du décédé, qui était héritier présomptif au jour de la disparition.

424. Si l'absent avait laissé procuration, ses héritiers ne pourraient demander l'envoi en possession de ses biens, ni même provoquer la déclaration d'absence qu'après dix années révolues depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles (art. 121), quand même la procuration aurait cessé auparavant. (Art. 122.) Il faut même remarquer que le Code ne distingue point si la procuration était partielle ou générale, donnée ou non en vue de l'absence; il suffit d'une procuration quelconque (1).

Si l'absent avait laissé une procuration motivée sur la longueur de son absence, et ajouté qu'il veut que sa procuration dure vingt ans, elle n'empêcherait pas de provoquer l'absence, mais elle pourrait être un motif pour engager les juges de retarder la déclaration d'absence, comme ils en ont le droit.

425. Suivant l'art. 120, l'envoi en possession ne s'étend qu'aux biens qui appartenaient à l'absent *au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles*; ce qui semble exclure les successions échues depuis cette époque, puisque les biens qui en dépendent n'appartenaient pas à l'absent lorsqu'il a disparu.

Si donc, en vertu de l'art. 113, ses cohéritiers présents, pour ne pas rester dans l'incertitude, avaient, comme ils en ont le droit, fait nommer un notaire pour le représenter

(1) Locré, tom. II, pag. 399, sur l'art. 121.

dans les partages d'une succession échue depuis son départ, les biens compris dans son lot ne retourneraient pas à ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition, à moins qu'ils ne fussent eux-mêmes appelés à les recueillir à son défaut, au moment de l'ouverture de la succession ; autrement ils appartiendraient à ceux qui, à défaut de l'absent, les auraient recueillis à cette dernière époque.

426. Pour obtenir l'envoi en possession, les héritiers doivent s'adresser au tribunal qui a prononcé la déclaration d'absence, et faire prononcer l'envoi en possession par un jugement séparé (1), postérieur au premier ; ou bien par le jugement même qui déclare l'absence, si ceux qui l'ont provoqué sont aussi ceux qui doivent être envoyés en possession, et s'ils ont demandé cet envoi par leurs conclusions. Et, comme cette possession provisoire n'est qu'un dépôt, le tribunal ne peut l'accorder qu'aux conditions prescrites par le Code, savoir : 1°. de donner pour sûreté de leur administration une caution qui sera reçue dans les formes prescrites pour les cautions judiciaires (2), et dont la solvabilité est discutée par le procureur du Roi (art. 114); 2°. de rendre compte de leur administration, en cas que l'absent reparaisse, ou qu'on ait de ses nouvelles (art. 125); 3°. de faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur du Roi, ou d'un juge de paix par lui requis. (Article 126.)

427. Le Code laisse à la prudence du tribunal la faculté d'ordonner la vente de tout ou partie du mobilier, s'il le juge à propos pour l'intérêt de l'absent seulement. Il ne devrait donc pas faire vendre sa bibliothèque, ses collections de tableaux et autres objets d'affection qu'il n'a peut-être rassemblés qu'avec beaucoup de peines et de dépenses, et dont il serait injuste ne le dépouiller par provision et dans l'incertitude de son retour (3).

Le Code n'ordonne point de suivre pour la vente les formalités prescrites pour vendre les meubles des mineurs, c'est-à-dire, les enchères après affiches; le tribunal pourrait en dispenser dans les cas où l'intérêt de l'absent pourrait l'exiger (4).

(1) Locré, tom. II, pag. 393, sur l'art. 120.
(2) *Voy.* le Code de procédure, art. 517 et suiv. Les enfants mêmes ne sont pas dispensés de donner caution, Locré. *Ibid.*
(3) Locré, tom. II, pag. 454, sur les art. 126, 127 et 128.
(4) Locré, *ibid.*, pag. 455, *ibid.*

428. Dans le cas de vente, il doit être fait emploi du prix ainsi que des fruits échus, c'est-à-dire, de tous les fermages, revenus et intérêts échus, avec le prorata au jour de l'envoi en possession, parce que tous ces objets sont des capitaux qui doivent être colloqués au profit de l'absent. (Art. 126).

Le Code ne prescrivant ni le mode, ni la nature de l'emploi, ils sont laissés à la prudence des héritiers qui, à défaut d'emploi, devraient tenir compte des intérêts de plein droit du jour où il a pu être fait. Ils sont en faute s'ils ont laissé oisifs les capitaux de l'absent; ils sont censés les avoir employés à leur profit.

Ils devraient même les intérêts des sommes qu'ils pourraient devoir à l'absent, du jour qu'elles étaient exigibles, quand même elles auraient été prêtées originairement sans intérêts. *A semetipso cur non exegerit ei imputabitur et si fortè non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium.* (L. 6, §. 12, *ff. de Neg. gest.*

429. Par la même raison les héritiers ne pourraient opposer à l'absent, à son retour, aucune espèce de prescription, à moins qu'elle ne fût acquise avant l'envoi en possession. De ce moment toute prescription est nécessairement suspendue contre eux en faveur de l'absent, parce qu'ils devaient exiger d'eux-mêmes avant l'accomplissement de la prescription. (*L. 8, ff. de Neg. gest.*)

430. Ceux qui ont obtenu l'envoi provisoire, peuvent, pour leur sûreté, faire procéder par un expert nommé par le tribunal à la visite des immeubles, à l'effet d'en constater l'état. Le rapport de l'expert est homologué en présence du procureur du Roi, et les frais en sont pris sur les biens de l'absent. (Article 126.) A défaut de cette formalité, ils sont censés avoir reçu l'immeuble en bon état, et sont tenus de le rendre de même.

431. Du reste il paraît que, dans leur administration, les héritiers doivent suivre les formalités prescrites pour l'administration des biens d'un mineur (1). Comme le tuteur, ils ne peuvent aliéner ni hypothéquer les immeubles (art. 128), que pour cause de nécessité et en vertu de jugement (art. 2126); ils ne devraient pas aliéner les meubles dont le tribunal aurait ordonné la conservation (2). Ils ne pourraient faire,

(1) Locré, tom. II, pag. 454, *ibid.*
(2) Mais comme, en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279), et que, par cette raison, l'art. 128 borne aux immeubles la défense d'aliéner,

autrement qu'en justice, un partage dans lequel l'absent serait intéressé, ni transiger pour lui, qu'en suivant les formalités prescrites au tuteur.

Il y a néanmoins une différence remarquable entre les tuteurs et les héritiers envoyés en possession. Le ministère des tuteurs est forcé : c'est une charge civile qu'ils ne peuvent refuser.

L'envoi en possession est de pure faculté; il est même demandé par les héritiers qui, sous ce point de vue, ont du rapport avec un *negotiorum gestor;* mais ils en diffèrent en un point essentiel, c'est qu'ils ne s'immiscent pas d'eux-mêmes dans l'administration des biens de l'absent; ils y sont envoyés par les magistrats, et leur administration n'est pas gratuite. On a craint que l'avantage de conserver des biens qui peuvent leur appartenir un jour, ne fût pas un motif suffisant pour déterminer les héritiers à se charger d'administrer les biens de l'absent. Ils peuvent en être détournés par l'incertitude de les recueillir, par le désagrément d'être exposés à rendre un compte, peut-être à des héritiers qui viendraient les exclure; par l'embarras de garder ou de colloquer les fonds; par la crainte de les dissiper, et par les faux frais d'une pareille administration.

Cependant il est avantageux pour l'absent, que la garde de ses biens soit déférée à ceux qui ont le plus d'intérêt à les conserver. On a considéré d'ailleurs qu'il serait trop onéreux pour les héritiers de rendre compte de la totalité des revenus, qu'il était juste de leur donner une indemnité, et qu'enfin il valait mieux pour l'intérêt de l'absent, qu'il fît pendant les premières années le sacrifice d'une partie de ses revenus. Ce sacrifice augmente à mesure que l'incertitude de son retour s'accroît.

432. Si l'absent reparaît avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition, on ne lui doit compte que du cinquième du revenu net de ses biens; du dixième, s'il ne reparaît qu'après quinze ans. (Art. 127.)

Mais, après trente ans d'absence, on ne lni doit compte que du capital; la totalité des revenus appartient à ceux qui ont été envoyés en possession.

433. Dans la discussion faite au conseil d'état, on demanda si l'héritier qui aurait pu partager la jouissance que donne

l'acquéreur qui aurait acquis ces meubles ne pourrait être exposé à l'action de revendication, sauf le recours de l'absent vers les vendeurs pour ces dommages et intérêts.

l'envoi en possession, et qui ne l'a pas fait, peut après quinze ans réclamer sa part des revenus que l'article 127 accorde aux héritiers. La raison de douter est que l'article paraît limitatif, et ne s'appliquer qu'à ceux qui, par suite de l'envoi provisoire, auront joui des biens de l'absent.

On répondit, et c'est la raison de décider que, dès que la loi appelle à la jouissance provisoire tous les héritiers, l'héritier qui y aurait eu droit, et qui ne l'aurait pas obtenu pour sa portion, pourrait toujours en demander compte à ses cohéritiers.

434. L'un des principaux effets de l'envoi en possession, est de faire résider toutes les actions actives et passives de l'absent sur la tête des héritiers qui les représentent.

Les assignations données aux présumés absents, jusqu'à l'époque de la déclaration d'absence, doivent être notifiées à leur dernier domicile, dans la forme prescrite par l'art. 68, Code de procédure, s'ils ont un domicile connu; et s'ils n'en ont point, dans la forme prescrite par l'art. 69, n°. 8.

Mais après la déclaration d'absence, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne peut les poursuivre que contre ceux qui ont été envoyés en possession de ses biens, ou qui en ont l'administration légale (art. 134), c'est-à-dire, contre l'époux qui a opté pour la continuation de communauté.

435. Un autre effet remarquable de l'envoi en possession, est, suivant l'art. 123, que s'il existe un testament, il peut être ouvert à la réquisition des parties intéressées ou du procureur du Roi, si elles ne sont pas connues; et les légataires, les donataires, ainsi que tous ceux qui auraient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement, à la charge de donner caution. (Art. 123.)

Mais il faut remarquer que cet article ne permet l'exercice de ces droits, que lorsque les héritiers présomptifs ont obtenu l'envoi en possession provisoire (1).

(1) *Voy.* Locré, tom. II, pag. 423 et 424, sur l'art. 123. Le tribunat demandait qu'on permît l'exercice des droits surbordonnés à la mort de l'absent, et l'ouverture du testament après la déclaration d'absence; et sans attendre l'envoi en possession des héritiers, l'action pour l'exercice des droits aurait été dirigée contre un curateur *ad hoc*. Cette proposition ne fut pas adoptée par des raisons qui toutes militent en faveur de l'héritier institué ou légataire universel: il semble donc qu'il devrait être admis à demander l'envoi en possession, si les héritiers légitimes gardaient le silence. Mais à qui pourrait-il le demander?

L'envoi des héritiers en possession provisoire, est une condition sans laquelle ni l'ouverture du testament, ni l'exercice provisoire des droits subordonnés à la mort de l'absent ne peuvent être demandés, quoique ceux qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès, paraissent compris par l'art. 115 au nombre des parties *intéressées* qui peuvent provoquer la déclaration d'absence ; formalité qui doit précéder l'envoi en possession des héritiers, et l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent, qui doit en être la suite et qui ne présente aucune utilité pour ce dernier. L'envoi en possession, au contraire, est établi principalement pour son intérêt ; celui des héritiers n'est que secondaire : si le Code leur fait quelques avantages, c'est pour les décider à se charger d'une administration dont ils profiteront, si l'absent ne reparaît pas, mais dont on espère qu'il profitera avant eux.

Les héritiers une fois appelés à une jouissance anticipée d'une partie des revenus dont la mort de l'absent devait les mettre en possession, il n'y avait pas de motif pour ne pas établir dès-lors dans tout son entier, l'ordre des choses qui devait résulter de la mort de l'absent, et pour ne point faire profiter de la provision ses légataires, ses donataires, etc.

Mais comme l'envoi en possession peut seul établir cet état provisoire, qui n'a même été introduit qu'afin que l'envoi en possession soit demandé, on se serait écarté du système général de la loi si l'on avait admis à l'exercice de leurs droits des légataires, des donataires, enfin tous ceux qui ne pourraient avoir de prétentions qu'à raison du concours que l'envoi en possession établissait entre eux et les héritiers, et dont d'ailleurs la jouissance n'est d'aucune utilité à l'absent, pour l'intérêt duquel l'envoi en possession est institué.

436. La possession provisoire des héritiers présomptifs cesse par le retour de l'absent, par les nouvelles qu'on reçoit de son existence, par la preuve de son décès, enfin, par l'envoi en possession définitive.

437. Si l'absent reparaît, il exerce ses droits comme il le juge à propos envers les personnes qu'il trouve en possession provisoire de ses biens. Elles sont obligées de lui rendre compte de leur administration; mais elles sont en droit de retenir les quatre cinquièmes des revenus, s'il reparaît avant quinze ans révolus du jour de sa disparition ; les neuf dixièmes, s'il ne reparaît qu'après les quinze ans. (Art. 127.)

Les légataires ou l'héritier institué qui ont été mis en possession provisoire, sont autorisés à faire cette retenue par la généralité des expressions de l'art. 127, quelqu'étrange qu'il puisse paraître qu'un légataire, qu'un héritier institué puisse se prévaloir contre leur bienfaiteur du don qu'il ne leur avait fait qu'en cas de prédécès, pour s'approprier la majeure partie de ses revenus, tandis que peut-être il avait révoqué ce don avant de savoir qu'ils eussent été envoyés en possession.

438. Quoique l'absent ne reparaisse pas, si on reçoit des nouvelles qui prouvent son existence (art. 131), les effets du jugement qui avait déclaré l'absence cessent de plein droit, sauf à revenir, s'il y a lieu, aux mesures conservatoires prescrites dans le premier chapitre, en cas d'absence présumée.

Ainsi, du jour de ces nouvelles reçues, les héritiers et autres personnes envoyées en possession en vertu de la déclaration d'absence, cessent de gagner les quatre cinquièmes ou les neuf dixièmes des revenus de l'absent, sans qu'il soit nécessaire qu'on leur ait notifié ces nouvelles, pourvu qu'ils en aient eu connaissance, ou qu'ils n'aient pu raisonnablement les ignorer. Par exemple, si l'absent leur avait écrit, s'il avait écrit à un ami, qui leur eût montré la lettre, ils allègueraient vainement leur ignorance. Le fait de la lettre reçue ou montrée pourrait être prouvé par témoins, d'abord, parce que c'est un fait dont la preuve testimoniale est admissible; 2°. parce que la dissimulation de cette lettre les constitue en mauvaise foi : c'est une fraude qu'on peut prouver par témoins.

Si, sans avoir directement reçu des nouvelles de l'existence de l'absent, ces nouvelles avaient été si notoires que ses héritiers n'en pussent prétendre cause d'ignorance ; par exemple, si ces nouvelles avaient été insérées dans les papiers publics, c'en serait assez pour les empêcher de gagner les fruits.

439. L'envoi en possession des biens de l'absent cesse encore par les preuves survenues de son décès. Alors le provisoire devient définitif, si ceux qui ont été envoyés en possession sont encore les plus proches héritiers au moment du décès qui donne ouverture à la succession. Au contraire, s'ils ne le sont plus, ou si partie d'entre eux ne sont plus héritiers présomptifs à l'époque du décès, les biens doivent être rendus à ceux qui les excluent, sous la réserve des fruits acquis en vertu de l'art. 127.

Si trois cousins-germains de l'absent ont été envoyés en possession de ses biens, qu'ils ont partagés provisoirement, et qu'ensuite l'un d'eux vienne à mourir laissant des enfants; s'il est prouvé que l'absent est mort depuis leur père, ils doivent restituer la portion qu'il avait eue dans le partage provisoire des biens de l'absent, parce qu'à l'époque de l'ouverture de la succession ils n'y ont plus de droit: ils retiendront seulement la portion des fruits, accordée par l'art. 127 à ceux qui sont envoyés en possession provisoire.

440. Enfin, l'envoi en possession provisoire cesse par la possession définitive que peuvent obtenir, dans la troisième époque de l'absence, les héritiers, les légataires et autres ayant droit.

§. II.

De l'envoi en possession définitive.

SOMMAIRE.

441. Quand commence la troisième période de l'absence, effets qu'elle produit.
442. Quelles personnes peuvent demander l'envoi en possession définitive.
443. Ce qu'elles doivent faire pour l'obtenir.
444. Il faut de nouvelles enquêtes.
445. *Quid*, si l'absent avait atteint sa centième année.
446. Effet de l'envoi en possession définitive, sur quoi il est fondé.
447. C'est par le jugement d'envoi définitif, que la propriété est transférée.
448. Cette propriété est résoluble.
449. L'absent qui reparaît après l'envoi définitif, prend ses biens dans l'état où ils se trouvent, sans compte des revenus.
450. *Quid*, des revenus non encore perçus, ou perçus depuis le retour de l'absent?
451. S'il reparaît des enfants de l'absent, la prescription de trente ans peut leur être opposée.
452. Si les héritiers s'étaient bornés à l'envoi provisoire, ils resteraient dépositaires, et ne pourraient ni prescrire, ni aliéner.
453. Dans quels cas la prescription ne peut être opposée aux enfants de l'absent.
454. Les héritiers qui n'avaient pas concouru à l'envoi provisoire, peuvent néanmoins concourir à l'envoi définitif, pourvu qu'ils forment leur demande avant le jugement qui le prononce.
455. Les effets de l'envoi définitif cessent par les nouvelles de l'absent ou par la preuve de son décès, si, dans ce dernier cas, les envoyés en possession n'étaient pas ses héritiers à cette dernière époque.

441. Après avoir expliqué les effets que produit l'absence

pendant les deux premières périodes, il nous reste à voir ceux qu'il produit pendant la troisième, qui commence, suivant l'art. 129;

1°. Lorsqu'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi en possession provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun en biens a pris l'administration des biens de l'absent;

2°. Lorsqu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent.

Dans l'un et l'autre de ces deux cas, les cautions données par les héritiers ou autres personnes envoyées en possession provisoire, sont déchargées de plein droit; et de plus, tous les ayant droit peuvent demander le partage des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession définitive. Il faut voir comment cet envoi est accordé, quels en sont les effets et quand il cesse.

442. Ce n'est pas seulement aux héritiers, mais à tous les ayant droit, tels que les légataires, les donataires et autres personnes ayant sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès, que le Code permet de demander l'envoi en possession définitive. (Art. 129.)

443. Pour y parvenir, ils doivent s'adresser au tribunal de première instance, qui avait prononcé la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire. Avant d'accorder l'envoi définitif, le tribunal doit constater dans la forme ordinaire, c'est-à-dire par des enquêtes contradictoires avec le procureur du Roi, que depuis le premier envoi en possession, l'absence a continué sans qu'on ait eu de nouvelles: et d'après le résultat des enquêtes faites tant dans l'arrondissement du domicile de l'absent, que dans celui de sa dernière residence (1), s'ils sont distincts l'un de l'autre, le tribunal prononce l'envoi définitif, s'il y a lieu.

444. L'art. 129 suppose qu'il y aura de nouvelles enquêtes, puisqu'il exige, pour accorder l'envoi définitif, que l'absence ait continué, fait qui, par conséquent, doit être prouvé par le demandeur.

445. Si la demande a pour motif qu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, il y a deux faits à justifier, l'époque de sa naissance et la continuation d'absence; s'il y a eu envoi en possession provisoire; ou l'absence même, s'il n'y a pas eu d'envoi provisoire.

Car, en ce dernier cas, on n'est pas obligé d'obtenir d'a-

(1) Argum. art. 116.

bord l'envoi en possession provisoire; la présomption de mort, après cent ans d'existence, autorise à demander immédiatement l'envoi en possession définitive (1).

446. L'effet de cet envoi est de transférer aux héritiers la propriété des biens de l'absent (2), mais résoluble sous la condition de son retour ou de celui de ses enfants. Cet effet est le même dans les deux cas, c'est-à-dire, dans le cas des trente années écoulées depuis l'envoi en possession, ou dans le cas des cent années écoulées depuis la naissance de l'absent; mais dans le premier cas, il n'est pas fondé sur le même principe que dans le second.

Dans le premier cas, l'envoi en possession définitive, et la translation de propriété qui en est la suite, ne sont fondés ni sur la prescription ni sur la présomption de mort de l'absent; car d'un côté, pour prescrire il faut avoir possédé *animo domini*, et ceux qui sont en possession provisoire ne sont que dépositaires; et d'un autre côté l'absent n'est réputé ni vivant ni mort. L'envoi en possession définitive est en ce cas fondé sur une règle d'ordre public, à laquelle l'intérêt de l'absent doit céder (3); après le laps de trente-cinq ans au moins, nécessaire pour obtenir l'envoi en possession définitive, le retour de l'absent serait l'événement le plus extraordinaire, et il faut enfin que le sort des héritiers soit fixé, que les propriétés ne soient pas plus long-temps incertaines, et qu'elles rentrent dans le commerce.

Tels sont les motifs qui ont fait établir l'envoi en possession définitive après trente ans écoulés depuis l'envoi en possession provisoire.

Au contraire, dans le cas de cent ans écoulés depuis la naissance de l'absent, l'envoi en possession définitive est fondé sur la présomption de son décès. Le principe qu'il n'est réputé ni vivant ni mort, ne peut raisonnablement être étendu au-delà de toute probabilité, c'est-à-dire, au-delà du plus long terme de la vie ordinaire, qui est cent ans.

Aussi, par une règle très-ancienne, l'absent, dans notre jurisprudence française, était présumé mort à l'époque où il aurait atteint sa centième année (4). Les rédacteurs du

(1) Locré, tom. II, pag. 480, sur l'art. 129.
(2) Préameneu, Exposé des motifs, pag. 185. Locré, tom. II, pag. 467, *ibid.*
(3) Préameneu, *ubi sup.*
(4) Bretonnier, Questions de droit, pag. 2, v°. *Absent.* Duparc-Poullain, Principes du droit, tom. II, pag. 44. Menochius, *de Præsumpt.*, *lib.* 6, *Præsumpt.* 49; où la question est approfondie. *Voy.* aussi les Observations

Code ont adopté cette règle pour en faire le fondement de l'envoi en possession définitive (1).

447. Mais dans ce cas aussi bien que dans le précédent, cet envoi doit être demandé. C'est le jugement par lequel il est prononcé, qui transfère aux héritiers de l'absent la propriété de ses biens, comme si sa succession s'était ouverte au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Il se fait par ce jugement une interversion complète dans la possession des héritiers. De simples dépositaires qu'ils étaient, ils deviennent propriétaires ; ils peuvent partager les biens, les hypothéquer, les aliéner à titre onéreux ou gratuit, comme tout autre bien qui leur serait propre, ou qui serait provenu d'une succession ouverte par décès ; car l'envoi en possession définitive ouvre une succession conditionuelle qui place les choses dans l'état où elles doivent demeurer si l'absent ne reparaît pas.

448. Mais la propriété des héritiers envoyés en possession définitive, est résoluble ; elle est résolue en totalité, si l'absent reparaît à quelque époque que ce soit, sans qu'ils puissent lui opposer aucune prescription. Car, comme ils ne possèdent qu'à titre d'héritiers ; leur titre s'évanouit quand il est prouvé que l'absent est vivant. *Viventis nullus hæres*(2).

449. Néanmoins, il ne peut recouvrer ses biens que dans l'état où ils se trouvent à l'instant où il reparaît : et quant à ceux qui ont été aliénés, il n'en peut demander que le prix, ou les biens provenant de l'emploi qui en a été fait (art. 132), et une indemnité relative aux hypothèques dont seraient grevés ceux qui ne seraient pas vendus.

Il ne peut faire résoudre (3) les contrats d'aliénation légalement passés par ses héritiers depuis l'envoi définitif. C'est une exception à la règle que personne ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a lui-même. Quant aux revenus des biens perçus par les héritiers, ils leur sont irrévocablement acquis jusqu'au moment où l'absent a reparu ou donné de ses nouvelles ; il ne peut leur demander aucun compte.

de la Cour d'appel de Paris, qui voulait que l'absent fût déclaré présumé mort après trente ans d'absence légale. Locré, tom. II, pag. 469 et suiv. *ibid.*

(1) Le projet du Code portait : « Après les cent années révolues de l'ab-» sent,..... il est présumé mort du jour de sa disparition, etc..... *Voy.* aussi Locré, tom. II, pag. 480, *ibid.*

(2) Locré, tom. II, pag. 466, *ibid.*

(3) Cambacérès. *Voy.* le procès-verbal, tom. I, pag. 197. C'est une conséquence de l'art. 132, qui dit qu'il ne peut recouvrer le prix de ceux qui auraient été vendus.

450. Mais il semble que l'absent a droit de réclamer les revenus ou fermages arriérés, encore dus par les fermiers ou débiteurs, et même ceux que les héritiers auraient perçus depuis son retour, puisqu'il reprend ses biens dans l'état où ils se trouvent.

451. Si l'absent ne reparaissait pas, mais s'il avait laissé des enfants ou descendants directs dont l'existence était restée inconnue pendant les trente-cinq ans au moins qui doivent s'être écoulés depuis son départ, avant l'envoi en possession définitive. Ils peuvent demander la restitution des biens de leur père, comme il le pourrait faire lui-même s'il se présentait (1), c'est-à-dire, dans l'état où ils se trouvent. Ils n'ont pas besoin de prouver l'existence ou la mort de l'absent, il leur suffit de prouver leur filiation ; leur qualité de descendants est un titre pour obtenir de préférence la possession des biens (2).

Si c'étaient des enfants naturels légalement reconnus, ils pourraient réclamer la portion de biens qui leur est attribuée par l'art. 757 du Code.

Mais l'action des enfants ou descendants n'est plus admise, s'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi définitif. Cet envoi est un titre, en faveur des collatéraux ; et, depuis ce titre, ils ont possédé pendant le plus long-temps requis pour opérer la prescription. Ils ont le droit de l'opposer, et non pas à l'absent s'il reparaît ou si son existence est prouvée, mais à ses descendants, qui ne peuvent se plaindre si, après une révolution de soixante-cinq ans au moins depuis la dispariton de leur auteur, ils ne sont plus admis à une recherche qui, comme toutes les actions de droit, doit être soumise à une prescription : leur action est une véritable pétition d'hérédité qui ne peut durer que trente ans.

452. Cependant les héritiers de l'absent ne pourraient invoquer aucune prescription, s'ils s'étaient bornés à obtenir l'envoi en possession provisoire sans avoir obtenu l'envoi définitif, parce qu'ils n'auraient pas cessé de n'être que dépositaires : c'est l'envoi en possession définitive qui peut seul faire cesser cette qualité. Si les héritiers ont négligé de provoquer l'envoi en possession définitive, qui n'est accordé qu'après de nouvelles enquêtes, il est à croire qu'ils en ont été empêchés par la crainte de voir se découvrir, sur l'existence de l'absent, des nouvelles qui auraient fait cesser les effets de l'envoi

(1) Article 133.
(2) Préameneu, Exposé des motifs, pag. 186.

en possession provisoire. (Art. 131.) Ils restent donc toujours dépositaires jusqu'à l'envoi définitif, et les aliénations qu'ils feraient avant de l'avoir obtenu pourraient être attaquées par l'absent, ou par ses enfants et descendants. Les acquéreurs ne pourraient s'en plaindre : c'était à eux de s'assurer du titre et des droits de leurs vendeurs.

453. La prescription de trente ans ne court pas contre les enfants et descendants de l'absent, pendant leur minorité, qui suspend la prescription suivant l'art. 2252 (1).

Cette prescription ne pourrait également leur être opposée, s'ils prouvaient que l'envoi en possession définitive a été frauduleux ; par exemple, s'ils prouvaient que ceux qui l'ont obtenu avaient reçu des nouvelles de l'absent depuis l'envoi provisoire.

454. Nous avons dit que l'envoi en possession définitive ouvre une succession conditionnelle, qui place les choses dans l'état où elles doivent rester si l'absent ne reparaît pas. Cette succession est ouverte au profit de tous ceux qui étaient ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et même de ceux qui n'auraient pas concouru à l'envoi provisoire, pourvu qu'ils forment leur demande avant l'envoi définitif; car le jugement qui le prononce transfère la propriété à ceux qui sont envoyés en possession, et ce n'est qu'aux enfants et aux descendants *directs* de l'absent que l'article 133 permet, pendant trente ans, de demander la restitution des biens à ceux qui ont obtenu l'envoi définitif. La conséquence naturelle de cette disposition limitative, qui n'admet que les descendants *directs*, est que les *collatéraux* n'ont pas la même faculté.

455. Mais si même après l'envoi définitif on recevait des nouvelles de l'absent, ou *si son existence* était prouvée (art. 132), la propriété des personnes envoyées en possession s'évanouirait avec leur titre. Les biens dans l'état où ils se trouveraient à l'époque des nouvelles reçues, le prix de ceux qui auraient été aliénés; ou les biens provenants de l'emploi qui aurait été fait du prix des biens vendus, rentreraient dans le patrimoine de l'absent, et sa succession ne s'ouvrirait qu'au jour de son décès; ou s'il ne reparaissait pas, au jour de ses dernières nouvelles, en faveur des héritiers les plus proches à ces époques, et ceux qui auraient joui des biens de l'absent seraient tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis.

(1) Maleville, sur l'art. 133. Le Roi de l'Orne, Exposé des motifs, tom. 11 pag. 199. M. Proudhon pense le contraire, tom. 1, pag. 182.

Il en serait de même si, avant les trente ans requis pour opérer la prescription, au lieu de recevoir des nouvelles de l'existence de l'absent, on recevait la nouvelle de son décès, avec l'époque précise à laquelle il est arrivé.

L'art. 130 porte que la succession sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque, et que ceux qui auraient joui des biens de l'absent seront tenu de les restituer.

Cet article ne paraît pas limité au cas de l'envoi en possession provisoire, puisqu'il est placé à la suite de l'article 129, qui parle de l'envoi définitif. Il y a, dans l'un et dans l'autre cas, même raison de décider (1).

§. III.

Des effets de l'absence. lorsque l'absent est marié.

SOMMAIRE.

456. Si la femme est présumée absente, quelles mesures le mari doit prendre; et pour quels biens?
457. *Quid*, si c'est le mari qui est absent présumé?
458. De la surveillance des enfants, pendant la première période de l'absence du mari.
459. Effets de l'absence pendant la seconde période. Si l'absence de la femme continue, le mari *doit* provoquer la déclaration d'absence.
460. Après la déclaration d'absence, soit qu'il opte pour la dissolution, ou pour la continuation de communauté, le mari doit faire nommer un subrogé-tuteur à ses enfants mineurs.
461. S'ils sont majeurs, tout se passe dans les règles ordinaires.
462. Mais le mari peut les empêcher d'être envoyés en possession provisoire des biens, en continuant la communauté sur laquelle il a les mêmes droits que si la femme n'était point absente, et pourquoi.
463. En ce cas, il prendrait l'administration des biens qu'elle s'était réservés, et du mobilier exclu de la communauté.
464. Mais il en doit faire inventaire.
465. Si le mari opte pour la dissolution de la communauté, on en fait le partage et la liquidation, et il donne caution pour les choses susceptibles de restitution.
466. S'il continue la communauté, il ne donne caution que pour les biens qui en sont exclus, et dont il doit se faire envoyer en possession, et faire inventaire.
467. L'époux qui continue la communauté peut seul empêcher les héritiers de l'absent d'être envoyés en possession provisoire des biens. Conséquences de ce principe, relativement à la femme mariée sous le régime dotal, ou séparée de biens.

(1) Le discours du tribun Huguet, Exposé des motifs, tom. II, pag. 212, *in fine*.

Nous avons cru devoir, pour plus de clarté, parcourir sans interruption les effets de l'absence dans ces trois périodes, lorsque l'absent n'est pas marié : voyons maintenant ce qui arrive lorsque l'un des époux est présent et l'autre absent ; il faut distinguer si c'est la femme ou le mari.

456. Si c'est la femme, il n'y a le plus souvent, pendant la première période, aucune mesure à prendre pour l'administration de ses biens, dont le mari est administrateur légal, soit qu'il y ait (art. 1428) ou non (art. 1530, 1531), communauté ; il a même l'administration des biens dotaux de son épouse (art. 1549).

Mais il peut être forcé de recourir à la justice pour les mesures à prendre relativement aux biens paraphernaux (article 1576) de la femme, et pour ses autres biens, dans le cas où il y aurait séparation de biens stipulée par le contrat de mariage, ou prononcée par la justice. (Art. 1536.)

Quant aux inventaires, comptes, partages et liquidations, dans lesquels la femme présumée absente se trouverait intéressée, s'il y a communauté, le mari est seul administrateur de tous les biens qui y entrent ; il peut en provoquer le partage sans le concours de la femme. (Art. 818.)

Quant aux biens qui n'y entrent pas, il peut seulement demander un partage provisionnel de ceux dont il a droit de jouir.

Si les cohéritiers de la femme veulent provoquer un partage définitif pour ne pas rester dans l'incertitude, il semble qu'outre le mari présent, qu'il faut toujours mettre en cause, ils doivent faire nommer un notaire pour représenter la femme, conformément à l'article 113.

Du reste, l'absence de la femme n'opère aucun changement relativement à la surveillance des enfants.

457. Si c'est le mari qui se trouve dans le cas de l'absence présumée, la femme, n'ayant le droit d'administrer ni les biens de son mari, ni même les siens propres, sera souvent obligée de recourir à la justice pour faire ordonner les mesu-

res qu'exigera la nécessité, et pour se faire autoriser à administrer et à percevoir les revenus, ainsi qu'à prendre telles autres mesures qui seront jugées convenables.

458. Si le mari qui a disparu laisse des enfants mineurs, la mère en a de plein droit la surveillance, et elle exerce tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens (art. 141), sans qu'il lui soit nommé de subrogé-tuteur pendant cette première période; et si elle vient à décéder avant que l'absence du mari ait été déclarée, la surveillance des enfants sera déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches, et à leur défaut à un tuteur provisoire. (Art. 142.)

459. Quant aux effets de l'absence dans la seconde période, il faut distinguer si c'est le mari ou la femme qui est absent, s'il y a des enfants mineurs ou s'il n'y en a pas.

Si l'absence de la femme se prolonge pendant quatre ans, le mari peut et doit, pour l'intérêt de ses enfants comme pour le sien, provoquer et faire prononcer la déclaration d'absence. Car l'envoi en possession définitive des biens de l'absent ne pouvant être obtenu que trente ans après l'envoi provisoire, ou après que l'époux commun a pris l'administration des biens de l'absent, si le père tardait de prendre ces mesures, il pourrait arriver, si la mère ne reparaissait pas, que, pendant toute leur vie, les enfants fussent dans l'impuissance de disposer de ses biens, à quelque titre que ce soit.

460. Après la déclaration d'absence de l'épouse, le mari, suivant l'article 124, a le choix d'opter pour la continuation ou pour la dissolution de la communauté. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, il doit faire nommer à ses enfants un subrogé-tuteur, contradictoirement avec lequel il puisse consommer son option, et procéder au règlement de ses droits en cas de dissolution.

461. Si les enfants sont majeurs, tout se passe entre eux et leur père de la même manière qu'entre le mari et les héritiers collatéraux de son épouse absente. Ils peuvent, si le mari n'agit pas, provoquer la déclaration d'absence de leur mère; et après l'absence déclarée, ils peuvent et doivent demander l'envoi en possession provisoire des biens.

462. Mais le mari peut empêcher cet envoi en déclarant opter pour la communauté.

Cette faculté, accordée au conjoint présent, est une conséquence nécessaire du principe que l'absent n'est présumé

ni mort ni vivant pendant la deuxième période de l'absence, il y a seulement incertitude sur son existence : et si cette incertitude suffit pour autoriser les héritiers présomptifs à se faire envoyer en possession des biens, elle ne suffit pas quand il s'agit de dissoudre, entre le conjoint présent et l'absent, un contrat qui doit durer toute leur vie.

Les héritiers qui en provoqueraient la dissolution, se rendraient demandeurs, et seraient, en cette qualité, assujettis à prouver leur demande, c'est-à-dire, à justifier le décès de l'absent. Des héritiers à qui la loi n'accorde la possession des biens qu'à titre de dépôt, ne peuvent, contre la volonté de l'une des parties, rompre un contrat synallagmatique, le plus solennel de tous les contrats ; l'absence de l'une des parties n'y doit apporter aucun changement : il continue d'exister aux mêmes conditions. Ainsi, le mari qui a opté pour la continuation demeure, après l'absence déclarée, comme auparavant, seul administrateur légal des biens de la communauté ; il peut les vendre, les hypothéquer sans le concours des héritiers de la femme, comme il le pouvait faire sans le consentement de cette dernière, conformément aux articles 1421 et 1422, sauf la renonciation que les héritiers de la femme seront libres de faire lors de la dissolution. S'il en était autrement, ce ne serait plus une continuation de communauté, mais un nouveau contrat régi par des règles différentes.

Si la femme absente s'était, par contrat de mariage, réservé le droit de toucher sur ses quittances une partie de ses revenus ou l'administration d'une partie des immeubles ; si en excluant de la communauté tout ou partie de son mobilier, elle s'en était réservé l'administration et la disposition ; si la communauté était réduite aux acquêts, ce qui exclut de la communauté le mobilier présent et futur (art. 1498), le mari, en optant pour la continuation de communauté, prendrait, de préférence aux héritiers de la femme, l'administration de ces immeubles et du mobilier exclus de la communauté. C'est ce qui résulte de l'art. 124, qui porte que l'époux commun en biens, s'il opte pour la continuation de communauté, *pourra empêcher l'envoi provisoire des héritiers*, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent.

463. Ainsi, en optant pour la continuation de communauté, le mari *conserve* l'administration des biens de sa femme que lui défère l'art. 1428, et *prend* l'administration de ceux qu'elle s'était réservé d'administrer.

Ces mots de l'art. 124, l'époux commun en biens *pourra prendre*, s'appliquent aussi à la femme ; car on ne peut pas dire qu'elle *conserve* sur les biens du mari l'administration qu'elle n'avait pas : mais cette application n'est point restreinte à la femme. Sa disposition est générale, et s'étend par conséquent au mari, qui prend l'administration des biens réservés par sa femme.

446. Mais à l'égard de ces derniers biens, il est obligé de faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres en présence du procureur du Roi près le tribunal de première instance, ou d'un juge de paix requis par ce dernier, conformément à l'art. 126, sans qu'il soit besoin d'appeler les héritiers de la femme à cet inventaire, qui est ordonné pour l'intérêt de cette dernière et non pour celui de ses héritiers.

465. Si le mari opte pour dissoudre provisoirement la communauté, il en partage les biens et il exerce ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, contradictoirement avec les héritiers de la femme, suivant l'article 124, qui astreint indistinctement l'époux qui opte pour la dissolution de la communauté, à donner caution pour les choses *susceptibles de restitution*, telles que les meubles exclus de la communauté, dont la femme lui aurait fait don en cas de survie, les immeubles qu'il faut rendre en bon état.

466. Au reste, ce n'est que dans le cas où l'époux présent opte pour la dissolution de la communauté, que l'article 124 l'astreint à donner caution. Cet article prévoit les deux cas de la continuation et de la dissolution provisoire de la communauté, et ce n'est que dans le dernier qu'il impose l'obligation de donner caution pour les choses susceptibles de restitution.

Il faut aussi remarquer que, dans le cas de continuation, l'obligation de faire inventaire n'est imposée à l'époux présent, par l'art. 126, qu'à l'égard *du mobilier et des titres de l'absent*, non pas à l'égard *du mobilier de la communauté*, ce qui est très-différent. On ne peut donc étendre cette obligation aux meubles de la communauté continuée. Il ne peut y avoir aucun doute à l'égard du mari présent, qui, en sa qualité de chef de la communauté, conserve le droit de disposer à titre onéreux, et même en certains cas à titre gratuit. (Articles 1421 et 1422.) Il n'est donc obligé de faire inventaire et de donner caution qu'à l'égard des biens exclus de

la communauté, dont il doit se faire envoyer en possession provisoire de préférence aux héritiers.

467. Ce n'est qu'à l'époux commun en biens, et encore en cas qu'il opte pour la continuation de communauté, que l'art. 124 donne la faculté d'empêcher l'envoi en possession provisoire des héritiers. Cette faculté ne peut donc être étendue au mari dont l'épouse a été mariée sous le régime dotal. Il en est de même si, par le contrat de mariage, les époux se sont mariés sans communauté ou avec stipulation qu'ils seront séparés de biens (art. 1536), ou enfin dans le cas où la communauté serait dissoute par un jugement de séparation de biens.

Mais si, en se soumettant au régime dotal, les époux avaient stipulé une société ou une communauté d'acquêts, conformément à l'art. 1581, les effets de cette société doivent être réglés conformément aux articles 1498 et 1499, qui disent positivement qu'une pareille société est une communauté d'acquêts. Il semble donc qu'en optant pour la continuation de cette communauté partielle, le mari peut empêcher les héritiers de la femme déclarée absente d'être envoyés en possession provisoire des biens dotaux.

Car en donnant à l'époux *commun en biens* la faculté d'empêcher les héritiers de l'absent d'être envoyés en possession provisoire des biens, l'art. 124 n'a pas distingué entre la communauté légale et la communauté conventionnelle, modifiée de l'une des manières indiquées dans l'art. 1497, et l'on ne doit pas distinguer quand la loi ne distingue pas. Le conjoint présent peut donc réclamer l'exécution de son contrat, comme dans le cas d'une communauté ordinaire.

Si l'on ne peut, comme nous le pensons, refuser au mari présent la faculté de continuer cette communauté d'acquêts, et lui ôter l'administration des biens qui la composent, comment pourrait-on lui ôter celle des biens dotaux, et diviser ainsi, contre l'esprit et la lettre de l'art. 124, les mesures provisoires auxquelles l'absence de la femme donne lieu ? Il nous paraît donc que, dans ce cas, le mari doit conserver l'administration des biens dotaux, et même prendre celle des biens paraphernaux de préférence aux héritiers de la femme.

468. Après avoir examiné les effets de l'absence de la femme, passons à ceux de l'absence du mari ; si elle se prolonge pendant quatre ans, la femme, pour son intérêt et

pour celui de ses enfants, doit poursuivre la déclaration d'absence.

Mais après l'absence déclarée, soit qu'elle veuille ou non continuer la communauté, elle doit faire nommer un subrogé-tuteur à ses enfants pour consommer, contradictoirement avec lui, l'option de continuer la communauté ou de la dissoudre; et, en cas de dissolution, pour exercer ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge, en ce dernier cas, de donner caution pour les choses susceptibles de restitution.

Si elle opte pour la continuation de communauté, soit légale, soit conventionnelle, elle prendra l'administration des biens qui en dépendent, ainsi que celle des propres du mari absent, et même du mobilier, exclus de la communauté, en faisant procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de son mari, contradictoirement avec le procureur du Roi, sans qu'il soit nécessaire d'y appeler les héritiers de son mari.

Elle doit également faire inventaire des biens qui dépendent de la communauté, quoiqu'en pareil cas le mari n'y soit pas obligé.

La raison de cette différence est sensible. L'absence de l'un des conjoints ne peut ni dissoudre la communauté, ni préjudicier aux droits du conjoint présent. Le mari, pendant l'absence de la femme, comme auparavant, continue donc d'être maître de la communauté, d'en administrer seul les biens; il peut même les vendre ou les hypothéquer : il serait donc inutile de l'assujettir à un inventaire, car si la femme reparaissait, il ne lui devrait aucun compte.

La femme, au contraire, n'a point le droit d'administrer les biens de la communauté pendant la vie du mari. S'il est empêché par quelque cause que ce soit, maladie, voyage, absence, elle ne peut néanmoins administrer sans une procuration de sa part, ou sans l'autorisation de la justice. (Articles 222-1427.)

Si l'absence du mari est déclarée, elle peut, en optant pour la continuation de communauté, empêcher les héritiers d'être envoyés en possession des biens, et en prendre elle-même l'administration. En le faisant, elle se met à leur place; elle administre pour son mari; elle n'est que sa mandataire légale, à-peu-près comme quand elle est nommée tutrice de son mari interdit. Ce n'est donc pas son propre bien que la femme administre, c'est celui de son mari absent. Elle n'a

sur la communauté qu'un droit éventuel, auquel elle peut renoncer même après l'avoir administrée. Elle est donc obligée de faire un inventaire des biens confiés à son administration, comme auraient fait les héritiers du mari, auquel, comme eux, elle devra rendre compte de son administration, s'il reparaît.

470. Les mêmes raisons qui obligent la femme à faire inventaire, l'obligent également à donner caution, même relativement aux biens qui dépendent de la communauté dont elle prend l'administration, et qu'elle devra remettre à son mari en lui rendant compte (1), s'il reparaît.

471. La femme qui continue la communauté n'en conserve pas moins le droit d'y renoncer ensuite. Il est possible que des affaires entreprises avant le départ du mari réussissent mal, que des dettes qu'elle ignorait se découvrent. (Art. 124.)

472. Dans la troisième période de l'absence, c'est-à-dire, lorsqu'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire, ou cent ans depuis la naissance de l'époux absent, les héritiers ont le droit de demander la dissolution de la communauté, de se faire envoyer en possession définitive, et d'exercer tous leurs droits envers l'époux présent; mais il n'est tenu à leur rendre aucun compte du revenu des biens de l'absent, dont il a joui. (Art. 127.)

SECTION II.

Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent.

SOMMAIRE.

473. D'où dérivent les dispositions de cette action.
474. Il faut le décès de l'absent pour exercer un droit qui ne s'ouvre que par sa mort.
475. Et sa vie pour exercer un droit qui le suppose existant.
476. Application de cette règle aux successions auxquelles serait appelé un absent *dont l'existence n'est point reconnue.*
477. Cette règle s'applique aux absents présumés comme aux absents déclarés. Discussion sur ce point au Conseil d'état.
478. Conciliation de l'art. 116 et de l'art. 135; raisons de ce dernier article.

(1) Repondra-t-elle sur ses propres du reliquat de compte qu'elle aurait dû économiser, et qu'elle a dissipé? *Voy.* liv. 3, tit. 5, chap. 2, 1re. part., sect. 1, §. 2.

473. Suivant l'axiome fondamental en cette matière, l'absent n'est présumé ni mort ni vivant.

D'un autre côté, c'est à celui qui forme une demande à prouver qu'elle est fondée : c'est, en jurisprudence, un principe fécond en conséquences.

De ces deux principes combinés dérivent toutes les dispositions de cette section.

474. Il en résulte, 1°. que ceux qui prétendent exercer un droit auquel la mort de l'absent peut seule donner ouverture, sont obligés de prouver son décès.

Ainsi, quoique, suivant l'art. 130, la succession de l'absent soit ouverte du jour de son décès, au profit des héritiers les plus proches à cette époque, ils doivent prouver la date de ce décès s'ils veulent évincer les héritiers qui, étant les plus proches au jour de sa disparition, ont obtenu l'envoi en possession définitive, par les motifs ci-devant expliqués.

475. Il en résulte, 2°. que si l'on prétend exercer un droit qui suppose la vie de l'absent, on est obligé de prouver qu'il existe (1).

Cette seconde règle est établie dans les termes les plus généraux par l'article 135, qui porte : « Quiconque réclamera un » droit échu à un individu dont l'existence *ne sera pas reconnue*, devra prouver que ledit individu existait quand le droit » a été ouvert ; jusqu'à cette époque, il sera déclaré non recevable dans sa demande. »

476. L'article 136 applique cette règle générale au cas d'une succession : « S'il s'ouvre une succession à laquelle soit » appelé un individu *dont l'existence n'est pas reconnue*, elle » sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu

(1) C'est pour cela que celui qui réclame les arrérages d'une rente viagère, constituée sur la tête d'une personne qui n'est pas présente, doit prouver l'existence de cette personne. (Art. 1983.)

Mais pourquoi le mandataire n'est-il pas tenu de prouver l'existence du mandant au nom duquel il réclame une somme ?

Parce que la somme n'en serait pas moins due quand il serait mort ; ses héritiers pourraient l'exiger du mandataire qui leur doit compte.

» le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à » son défaut. »

Cet article embrasse les deux manières dont on peut venir à une succession, soit seul, comme ayant le droit, en qualité de plus proche en degré, d'exclure les plus éloignés, soit en concourant avec d'autres cohéritiers égaux en degré ou venant par représentation. Dans l'un et l'autre cas, l'individu dont *l'existence n'est pas reconnue*, est formellement exclu; la succession est *dévolue exclusivement* à ceux qui auraient eu le droit de concourir avec lui, ou qui l'auraient recueillie à son défaut.

477. Mais cette disposition s'applique-t-elle aux absents présumés, aussi bien qu'aux absents déclarés? Qu'est-ce qu'un individu dont l'existence n'est pas reconnue? La dévolution prononcée par l'article 139 exclut-elle les mesures conservatoires?

La première de ces questions fut agitée au conseil d'état, où les avis furent d'abord partagés. On disait d'un côté, que, tandis que l'absence n'est pas déclarée ou reconnue légalement, l'absent est réputé vivant aux yeux de la loi, à moins que sa mort ne soit prouvée. S'il en était autrement, il en résulterait, disait-on, qu'un citoyen serait à peine embarqué, qu'il deviendrait incapable de succéder. Vainement il aurait laissé une procuration, inutilement il en enverrait une des lieux lointains, où il réside, pour le représenter dans le partage d'une succession, parce qu'on pourrait demander la preuve de son existence, sur le fondement qu'il peut être décédé entre la signature et l'arrivée de la procuration. Alors il n'y aurait plus de rapports entre ceux qui n'habitent pas la même contrée, et l'on ne pourrait plus agir par un fondé de pouvoir.

On en concluait que la nécessité des certificats de vie doit être bornée aux rentes viagères, et que lorsqu'un absent a laissé ou envoyé une procuration, la preuve de son existence ne saurait être exigée avant la déclaration d'absence pour l'admettre à succéder.

Que s'il y a des raisons pour décider que l'absent ne peut succéder qu'autant que son existence est prouvée, il y en a d'aussi fortes pour ne permettre à celui qui veut l'exclure, de ne prendre exclusivement l'hérédité qu'en prouvant qu'il est décédé.

On ajoutait que la question était déjà décidée par l'article 113 qui avait été adopté, et qu'il faudrait changer si l'opinion contraire prévalait.



A ces raisonnements on répondait que ceux qui se présentent pour hériter à l'exclusion de l'absent n'ont rien à prouver, parce qu'ils tirent leur droit d'eux-mêmes, c'est-à-dire, de la loi qui les appelle; ils exercent donc ce droit exclusivement, lorsque personne ne se trouve en état de réclamer le concours ou l'exclusion.

Au contraire, ceux qui se présentent pour recueillir une succession du chef de l'absent, sont obligés de prouver qu'il existe, car pour succéder il faut exister ; et celui qui allègue le fait de l'existence pour entrer en partage d'une succession, est obligé de prouver ce fait.

Quant aux inconvénients qui peuvent en certains cas dériver de ce principe, on répondait que l'absent ne perd pas irrévocablement la succession faute de preuves de son existence, puisqu'on lui réserve la pétition d'hérédité qui dure trente ans (1).

478. Au reste, on conciliait l'art. 113 avec le principe que l'absent présumé n'est, comme l'absent déclaré, réputé ni vivant ni mort : par cette distinction : si les parties intéressées reconnaissent l'existence de l'absent présumé ; si elles ne veulent pas, quant à présent, user de la dévolution que l'art. 136 fait à leur profit, il doit, suivant l'art. 113, être nommé un notaire pour représenter l'absent dans les successions ouvertes depuis sa disparition ; si au contraire elles ne reconnaissent pas son existence, elles peuvent profiter de la dévolution en vertu de l'art. 136.

Cette seconde opinion prévalut, et l'art. 136 n'a fait aucune distinction entre l'absent présumé et l'absent déclaré ; et afin que l'art. 113 ne fût appliqué à l'absent présumé que lorsque son existence serait reconnue par les parties intéressées, ou plutôt qu'elle ne serait pas contestée par elles, on changea la rédaction de l'art. 136. Le projet portait : « Toute succession sera dévolue exclusivement aux seuls » parents avec lesquels l'*absent* aurait eu droit de concourir, » ou aux parents du degré subséquent. »

On trouva que ce mot l'*absent* était équivoque, et qu'on pourrait le restreindre à l'absent déclaré, par opposition à l'absent présumé, qui, suivant l'article 113, doit être représenté par un notaire, dans les successions ouvertes à son profit.

(1) La réponse est insuffisante; car si celui qui s'est emparé de la succession devient insolvable, la pétition d'hérédité est illusoire, si la succession ne consiste qu'en meubles, ou si les immeubles ont été vendus à un acquéreur qui a possédé pendant dix ou vingt ans. *Voy.* le n°. 481.

On y substitua cette circonlocution : *L'individu dont l'existence ne sera pas reconnue.*

Le vrai sens de l'article 136 est donc que, s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu déclaré absent, ou seulement présumé tel, elle est dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, qui l'auraient recueillie à son défaut, *à moins que son existence* ne soit reconnue par eux ; car alors il serait représenté par un notaire, suivant l'art. 113 (1).

479. Ainsi les héritiers présents ne peuvent méconnaître l'existence de celui qui a le droit de concourir avec eux ou de les exclure, s'il n'est pas dans le cas de l'absence présumée, c'est-à-dire, si son existence n'est pas devenue incertaine par défaut de nouvelles. Ils ne pourraient méconnaître l'existence de ceux que l'art. 840 qualifie de *non présents.* D'où il résulte que le citoyen qui aurait envoyé une procuration, celui qui serait embarqué depuis un temps trop récent, pour qu'on puisse concevoir des soupçons raisonnables sur son existence (2), conservent le droit de succéder sans pouvoir être écartés des successions ouvertes depuis leur éloignement, sous prétexte qu'on ne reconnaît pas leur existence. Le Code ne permet d'écarter que les absents présumés, parce que leur existence étant incertaine, il est permis de ne pas la reconnaître. Quant à ceux qui ne sont pas présumés absents, ils doivent être représentés par leurs mandataires, ou par un notaire.

480. Mais si les héritiers présents peuvent écarter les absents présumés, dont ils refusent de reconnaître l'existence, sont-ils dispensés des mesures conservatoires prescrites par l'art. 819 du Code civil, et par les articles 911 et sui-

(1) Si quelques-uns des héritiers présents reconnaissent l'existence de l'absent, et que les autres refusent de le reconnaître, les premiers doivent prouver leur allégation. C'est une conséquence du principe; car en reconnaissant son existence, ils demandent qu'ils soit admis au partage.

Ainsi l'a jugé la Cour d'appel de Turin, par un arrêt du 15 juin 1808, qui est d'accord avec le principe. Sirey, an 1810, Déc. div., pag. 538. Une sœur avait provoqué le partage de la succession du père commun entre ses deux frères présents. Ils demandèrent qu'un autre frère absent fût mis en cause. Elle soutint que l'existence de ce dernier n'étant pas reconnue, il ne devait pas être appelé.

(2) M. Proudhon, tom. 1, pag. 142, édit. in-8°. de 1810, pense le contraire, et porte la chose jusqu'à dire que les autres héritiers pourraient méconnaître l'existence de celui qui se serait embarqué la veille de l'ouverture de la succession : ce qui paraît aussi contraire à l'equité qu'à l'esprit et même à la lettre de l'art. 136, qu'on ne peut appliquer qu'aux absents déclarés ou au moins *présumés* tels, et non pas aux *non présents.*

vants du Code de procédure, telles que le scellé et l'inventaire?

Trois arrêts rendus, l'un le 27 mai 1808, par la cour d'appel de Paris, l'autre le 20 juillet 1808, par la cour d'appel de Bruxelles (1), et le troisième, le 9 avril 1810, par la cour d'appel de Rennes (2), ont jugé l'affirmative par le motif que la loi n'a prescrit aucune mesure pour la conservation des droits réservés à l'absent.

Ces décisions paraissent conformes à la lettre de l'art. 136, qui prononce contre l'absent une exclusion complète en faveur des présents. Il est vrai que l'article 137 réserve l'action en pétition d'hérédité, et les autres droits qui compèteront à l'absent, à ses représentants ou ayant cause pendant le délai de trente ans établi pour la prescription. Ainsi la dévolution par l'art. 136 n'est que provisoire, et seulement en attendant que l'absent se présente; mais l'art. 137 n'ordonne ni scellés ni inventaire pour constater les forces de la succession, ni caution pour garantie de la restitution.

481. On ne peut dissimuler qu'en ceci la loi a manqué de prévoyance. L'ancienne jurisprudence n'accordait la dévolution aux héritiers présents, qu'à la charge de faire inventaire et de donner caution (3). Cette mesure sage est aussi dans l'esprit du Code; il donne aux enfants naturels la totalité des biens de leurs père et mère, lorsqu'à l'ouverture des successions il ne se présente pas de parents au degré successible (art. 758). Mais il les oblige à faire apposer les scellés, à faire faire inventaire et même à faire emploi du mobilier, ou à donner caution pour en assurer la restitution en cas qu'il se présente des héritiers. (Art. 771.)

Il impose les mêmes obligations à l'époux survivant, à qui la succession est aussi dévolue, s'il ne se présente ni parents au degré successible, ni enfants naturels.

Enfin, l'administration des domaines même, à qui la succession est dévolue par déshérence, est obligée, sous peine des dommages et intérêts envers les héritiers, s'il s'en présente, de faire mettre les scellés et de faire faire inventaire. (art. 769, 772.)

Pourquoi donc les héritiers présents qui s'emparent d'une succession à l'exclusion de l'absent présumé, en vertu d'une

(1) Rapportés par Sirey, an 1808, pag. 193; an 1809, pag. 160 et 161.
(2) *Voy.* le Journal des arrêts de la Cour de Rennes, par MM. Carré et Duguen, an 1810, pag. 92 et suiv.
(3) *Voy.* Duparc-Poullain, Principes du Droit, tom. II, pag. 46, n°. 8.

dévolution qui n'est que provisoire, telle que celle qui est faite en faveur des enfants naturels, de l'époux survivant et de l'état, seraient-ils seuls dispensés de toute mesure conservatoire ? C'est une lacune qu'il faut remarquer, afin d'avertir le législateur de la réparer.

482. Si l'art. 137 réserve à l'absent, pendant trente ans, la pétition d'hérédité, l'art. 138 veut que, tant qu'il ne se présentera pas, ou que les actions ne seront pas exercées de son chef, les héritiers présents qui on recueilli la succession, gagnent les fruits *par eux perçus de bonne foi.*

L'existence de l'absent étant incertaine à l'ouverture de la succession, on ne peut reprocher de mauvaise foi à l'héritier présent qui l'a recueillie en vertu de la dévolution de la loi. Il a donc le droit de faire les fruits siens comme tout possesseur de bonne foi (art. 549). Mais il cesse d'être de bonne foi aussitôt qu'il a des nouvelles certaines de l'existence de l'absent, et de ce moment il cesse de faire les fruits siens. (Art. 550.) Il doit en tenir compte à l'absent ou à ceux qui se présentent pour exercer ses droits. Ils font partie de la succession, et entrent dans la pétition d'hérédité.

Aussi l'art. 138 ne donne à ceux qui ont recueilli la succession à l'exclusion de l'absent, que les fruits *par eux perçus de bonne foi.*

Le principe que l'héritier de bonne foi fait les fruits siens, peut encore s'appliquer à d'autres cas, comme nous le verrons au titre des successions.

SECTION III.

Des effets de l'absence relativement au mariage.

SOMMAIRE.

483. L'absence la plus longue ne suffit pas pour dissondre le mariage.
484. Mais si l'époux présent avait contracté un second mariage, l'époux absent serait seul recevable à l'attaquer.
485. Le retour de l'époux absent ne rend ni aux parties intéressées, ni au ministère public, le droit d'attaquer ce mariage.
486. Lorsque ce mariage est déclaré nul, les enfants n'en sont pas moins légitimes, si l'un des époux est de bonne foi.
487. Quand l'absence de l'un des époux donne-t-elle à l'autre le droit de se faire envoyer en possession de ses biens. ?

483. La presomption qui résulte de l'absence la plus lon-

gue et de l'âge le plus avancé, fût-il même de cent ans, ne suffit pas pour dissoudre le mariage. Une présomption ne peut suppléer à la preuve du décès de l'un des époux, suivant la disposition prohibitive de l'art. 147, qui défend de contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

Si l'époux d'un absent voulait former de nouveaux liens, sans rapporter la preuve que les premiers sont rompus, toutes les personnes que la loi admet à former des oppositions aux mariages, et même le ministère public, pourraient s'y opposer.

484. Mais si, nonobstant la prohibition, l'époux présent avait contracté un second mariage, soit par fraude, soit par erreur, l'incertitude de la vie de l'absent doit empêcher de troubler inconsidérément le second mariage, dont la nullité est subordonnée à l'existence incertaine du premier époux (1). C'est par cette raison que l'art. 139 veut que l'époux absent soit seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir spécial, *muni de la preuve de son existence*, expressions qui annoncent que la procuration seule ne suffirait pas, et que le mandataire devrait en outre représenter un certificat de vie.

485. Le retour de l'époux ne rend ni aux parties intéressées, ni au ministère public le droit d'attaquer le second mariage, à la différence du cas où l'un des époux aurait contracté un second mariage, sans que l'autre époux se trouvât dans le cas de l'absence : ce serait alors la bigamie pure, dont toutes les parties intéressées, et même le ministère public peuvent se plaindre. (Art. 184.) Au lieu que, dans le premier cas, l'époux présent est en quelque sorte excusable d'avoir passé à un second mariage, parce qu'il pouvait croire le premier époux décédé.

486. Si l'époux faisait à son tour annuler le mariage contracté pendant son absence, les enfants qui en seraient issus n'en seraient pas moins légitimes, pourvu que les deux époux ou seulement l'un d'eux fût de bonne foi. (Art. 201 et 202.)

487. Un dernier effet de l'absence, relativement au mariage, est de donner à l'époux présent le droit de demander l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent de préférence aux héritiers, et l'envoi définitif, au défaut de pa-

(1) *Voy.* ci-après au titre du mariage, chap. 1, §. 4, le vingt-huitième plaidoyer de d'Aguesseau, et l'arrêt imprimé à la suite.

rents habiles à lui succéder. Ce dernier droit est une conséquence nécessaire de l'art. 767, qui veut qu'un des époux succède à l'autre, lorsque le premier mourant ne laisse ni parents dans les degrés successibles, ni enfants naturels.

CHAPITRE IV.

De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu.

Nous avons refondu dans les précédents chapitres les dispositions de celui-ci, qui, d'ailleurs, ne présentent pas d'obscurité.

TITRE V.

Du mariage.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

488. Le mariage est régi par des lois d'ordres différents, mais le Code ne le considère que comme un contrat civil.
489. Définition du mariage ainsi considéré.
490. Considéré comme sacrement, il est du ressort de la puissance spirituelle, et comme contrat civil, du ressort de la puissance temporelle.
491. Abus provenus de la confusion des institutions civiles et religieuses, relativement au mariage.
492. On ne reconnut pour légitimes que les mariages contractés en face d'église, et les non catholiques se trouvèrent sans état civil.
493. L'édit de septembre 1787 distingua le contrat civil du sacrement en faveur des protestants.
494. La liberté des cultes rendit nécessaire la séparation du contrat civil et du sacrement pour tous les citoyens. C'est uniquement comme contrat civil que le mariage sera considéré dans cet ouvrage.

488. La matière du mariage, autrefois si compliquée, est devenue simple et facile depuis que la loi ne le considère plus que sous ses rapports civils.

Le mariage doit son institution à la nature, sa perfection à la loi, sa sainteté à la religion, qui l'a élevé à la dignité de sacrement.

Comme union instituée par la nature, il consiste dans le consentement libre et volontaire des deux parties, dans la foi mutuelle qu'elles se donnent réciproquement.

Comme contrat civil, non-seulement il demande la liberté du consentement, mais il faut encore que ce consentement soit légitime, c'est-à-dire, qu'il soit conforme aux lois de l'état

Enfin, comme société consacrée par la religion, il doit être revêtu de certaines formalités sans lesquelles l'église ne l'élève point à la dignité de sacrement.

Mais le Code civil ne s'occupe point de cette dernière manière d'envisager le mariage. Il le considère seulement tel qu'il était avant l'établissement de la religion chrétienne, c'est-à-dire, comme un contrat du droit naturel, dont l'origine remonte à la création, et dont les formes sont réglées par le droit civil.

489. Ainsi considéré, le mariage est l'union de la société légitime de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider à supporter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée, les biens et les maux qui leur arrivent. C'est un contrat qui, dans l'intention et suivant le vœu des deux conjoints, doit durer autant que leur vie, mais qui peut néanmoins être résolu dans les cas et pour les causes déterminées par la loi.

490. Ce contrat, qui est la source des familles, a, dans tous les temps, fixé l'attention des législateurs d'une manière particulière. Chez tous les peuples policés, la loi civile s'est occupée de tracer les régles et les solennités du mariage : nulle part il n'a été ni dû être abandonné à la licence des passions ou au caprice des parties contractantes.

D'un autre côté aussi, tous les peuples ont fait intervenir la religion dans les solennités du mariage, et demandé la bénédiction du ciel sur un acte qui doit avoir une si grande influence sur le sort des époux.

La religion catholique a sanctifié le mariage en l'élevant à la dignité de sacrement; et, sous ce dernier point de vue, le mariage est du ressort de la puissance ecclésiastique ou spirituelle, à laquelle il appartient de régler ce qui concerne les sacrements, comme il appartient à la puissance civile ou temporelle, de régler ce qui concerne les contrats.

491. Les institutions civiles et religieuses, relativement au mariage, étroitement unies dans tous les états catholiques, avaient fini par être tellement confondues depuis plusieurs

siècles, que les auteurs ultramontains qui désiraient concentrer (1) les deux puissances dans la personne du chef de l'église, en étaient venus au point de contester aux souverains le droit dont avaient toujours usé les empereurs romains, de faire des lois sur le mariage ; cette erreur avait pour prétexte que l'autorité civile ou séculière ne peut s'étendre aux choses spirituelles. Quoique ces idées fausses et dangereuses fussent rejetées en France, et victorieusement réfutées par les docteurs de la Sorbonne, la législation antérieure à 1787, avait laissé le contrat civil et le sacrement tellement confondus, que l'autorité civile y semblait éclipsée.

Tous les mariages étaient célébrés devant le propre curé des contractans, qui était à-la-fois ministre du contrat an nom de l'état, et ministre du sacrement au nom de l'église.

Cette confusion de deux pouvoirs différents dans la même personne, en produisit une dans les idées et dans les principes. On en vint au point que, depuis l'ordonnance de Blois (2), qui avait en cela adopté les canons du concile de Trente, on ne reconnut plus pour légitimes, et produisant les effets civils, que les mariages contractés en face d'église. On n'excepta même pas les mariages des protestants ou des non catholiques, qui se trouvèrent ainsi placés dans la cruelle alternative ou de profaner, par des conversions simulées, le sacrement auquel ils ne croyaient point, afin de pouvoir se marier en face d'église, ou de compromettre l'état de leurs enfants en contractant devant leurs ministres des mariages frappés d'avance de nullité par les lois alors existantes.

492. Des jurisconsultes profonds avaient démontré que les institutions civiles et religieuses qui régissaient le mariage, pouvaient et devaient être séparées; que le contrat civil et le sacrement étaient deux choses distinctes dans leur origine, et qu'il ne fallait pas confondre; ils demandaient, et l'opinion publique demandait avec eux, que l'état civil des hommes fût indépendant des cultes qu'ils professaient. Des magistrats instruits, des hommes d'état éclairés reconnaissaient la justice de cette demande, ils furent chargés par le feu roi Louis XVI de rédiger l'édit du mois de septembre 1787, par lequel il fut reconnu que le droit naturel ne permet pas au législateur

(1) *Voy.* Pothier, Traité du mariage, n°. 15. Launoi, *de Regiâ in matrimonium potestate.*

(2) En 1570, art. 40 et 44. *Voy.* Pothier, Traité du mariage, n°. 347 à n°. 349. Le mémoire de Target, dans l'affaire d'Anglure.

de refuser à ceux qui ne professent pas la religion catholique de faire constater civilement leurs mariages, afin de jouir comme tous les autres citoyens des effets civils qui en résultent; ils furent en conséquence autorisés à se marier devant un officier de la justice civile, qui prononçait, au nom de la loi, que les parties étaient unies *en légitime et indissoluble mariage.*

493. Le contrat civil fut donc, à l'égard des non catholiques, séparé du sacrement qu'ils ne voulaient ni recevoir, ni reconnaître. Mais la même loi ordonna que les mariages des catholiques continueraient d'être tels qu'ils étaient auparavant, et ne pourraient dans aucun cas être constatés que suivant les rits et les usages de la religion, autorisés par les ordonnances.

La première assemblée constituante proclama la liberté des cultes. La loi civile, en renonçant à tout empire sur les opinions religieuses qu'elle ne pouvait forcer, ne pouvait plus, sans inconséquence, ordonner aux citoyens de faire bénir leurs mariages suivant les rits d'une religion particulière, puisqu'elle protége toutes les religions.

494. Il devint donc indispensable, de séparer, pour tous les citoyens indistinctement, le contrat civil, du sacrement de mariage; et la constitution de 1791, titre 2, art. 7, déclara que « la loi ne considère le mariage que comme un con- » trat civil. » On trouve la même déclaration dans la loi du 20 septembre 1792 (1), sur le divorce, et c'est dans le même esprit qu'a été rédigé le Code civil. Nous considérerons donc le mariage uniquement comme un contrat civil, sans nous occuper des lois religieuses, ni de la bénédiction nuptiale, qui n'est plus une loi que pour la conscience des fidèles.

CHAPITRE PREMIER.

Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage.

SOMMAIRE.

495. Toute personne peut contracter mariage si elle n'en est empêchée par une loi prohibitive.
496. Les empêchements de mariage varient dans les différentes législations.
497. Quel est aujourd'hui leur nombre.

(1) Dans le Préambule.

495. Toute personne pubère est habile à contracter mariage, à moins qu'elle n'en soit empêchée par quelque loi prohibitive. Il faut donc voir quels sont les empêchements de mariage.

496. Ces empêchements varient suivant les différentes législations. Tandis que le contrat n'a pas été séparé du sacrement, la puissance temporelle et la puissance spirituelle, le sacerdoce et l'empire avaient, chacun en ce qui le concerne, le droit d'établir des empêchements de mariage : ces empêchements étaient nombreux; et pour mettre de l'ordre dans la manière de les expliquer, les auteurs les divisaient :

1°. A raison de l'effet qu'ils produisaient, en empêchements dirimants qui opèrent la nullité du mariage, et en empêchements prohibitifs; qui ne contiennent que la défense sans emporter la nullité du mariage.

2°. A raison de leur étendue, en empêchements absolus, qui empêchent de contracter mariage avec quelque personne que ce soit : tel est le lien d'un premier mariage, la mort civile, etc., et en empêchements relatifs, qui n'empêchent de contracter mariage qu'avec certaines personnes seulement : tels sont la parenté, l'alliance, le divorce et le crime.

3°. A raison de leur origine, en empêchements qui naissent de la nature même du mariage, de la loi naturelle et divine, des lois des princes séculiers, ou de la discipline ecclésiastique.

497. Ces divisions ont encore aujourd'hui leur utilité; mais le nombre des empêchements a beaucoup diminué, depuis qu'on ne considère le mariage que comme contrat civil; on peut aujourd'hui les réduire aux suivants :

1°. Le défaut d'âge compétent ;

2°. Défaut de consentement de l'une des parties, ou de toutes les deux, fondé sur la violence, la crainte, le dol ou l'erreur ;

3°. Le lien d'un mariage subsistant;

4°. La consanguinité et l'affinité;

5°. Le défaut de consentement des parents ou de la famille, dans les cas où il est requis ;

6°. L'inobservation des formalités prescrites, sous peine de nullité, pour la célébration des mariages ;

7°. Le défaut de consentement du Roi aux mariages des princes de la famille royale;

8°. La mort civile, qui non-seulement empêche de con-

tracter aucun mariage valide, quant aux effets civils, mais qui dissout aussi, quant aux effets civils, même le mariage valablement contracté avant qu'elle fût encourue ;

9°. Le crime d'adultère qui, après le divorce prononcé en justice, empêche l'époux coupable de jamais se marier avec son complice, même après la mort de l'époux innocent ;

10°. Le défaut de consentement par écrit du ministre de la guerre ou de la marine, au mariage des officiers en activité de service, et du conseil d'administration de leur corps au mariage des sous-officiers et soldats.

11°. La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. (Art. 228 et 296.)

Nous examinerons si l'engagement dans les ordres sacrés est encore un empêchement de mariage.

Nous verrons au chapitre IV, qui traite des demandes en nullité de mariage, quels effets produisent ces différents empêchements, lesquels d'entre eux sont dirimants ou seulement prohibitifs, quand, comment et par qui peuvent être proposées les nullités qui en résultent : nous nous bornerons dans ce chapitre à expliquer succinctement chacun de ces empêchements.

SECTION PREMIÈRE.

Défaut d'âge compétent.

SOMMAIRE.

498. La puberté ou l'âge du mariage était anciennement fixé à quatorze ans pour les garçons, à douze ans pour les filles.

499. Le Code l'a fixé à dix-huit ans pour les garçons, et quinze ans pour les filles.

500. Mais le Roi peut accorder des dispenses, et comment elles s'obtiennent.

498. Le but du mariage est la procréation des enfants et la propagation de l'espèce. Les impubères n'ont donc pas les qualités requises par la nature pour contracter un mariage légitime.

Mais l'âge de puberté varie suivant les différents climats ; et sous le même climat il varie dans les divers individus, selon leur genre d'éducation, selon le lieu qu'ils habitent dans leur enfance. Il était cependant nécessaire d'établir une

règle uniforme et générale sur l'âge auquel les hommes peuvent contracter mariage. Le droit romain et le droit canonique, dont les dispositions étaient suivies en France, avaient fixé cet âge à quatorze ans accomplis pour les garçons, et douze ans accomplis pour les filles.

499. La loi du 20 septembre 1792 l'avait reculé d'une année, et fixé à quinze ans pour les garçons, et à treize ans pour les filles.

On pensa au conseil d'état que la règle du droit romain et canonique, originairement établie pour la Grèce et pour l'Italie, convenait moins à nos climats septentrionaux. On invoqua la règle établie en Prusse. Suivant le code prussien (1), les hommes ne peuvent se marier avant l'âge de dix-huit ans accomplis, et les filles avant quatorze ans aussi accomplis.

On recula encore ce terme d'une année pour les filles, et par l'art. 144, « l'homme avant dix-huit ans révolus, la » femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter » mariage. »

L'ancienne règle nous semble mieux assortie aux climats, par exemple, du Languedoc et de la Provence, que celle qu'on suit sur les bords glacés de la Baltique et de la Vistule. Bonaparte ne craignit point d'affirmer au conseil d'état qu'il est impossible de ne pas permettre aux filles françaises nées dans les Indes de se marier avant quinze ans, et il fut dit qu'il était nécessaire de faire au Code les exceptions qu'exigeait la différence du climat et des habitudes dans les contrées séparées du continent (2). Ce raisonnement s'applique à nos provinces méridionales.

500. L'austérité de la règle est tempérée, par la faculté que la loi donne au gouvernement d'accorder des dispenses d'âge, pour des motifs graves. (Art. 145.)

Les formes à suivre pour obtenir ces dispenses sont déterminées par l'arrêté du gouvernement du 20 prairial an XI. La pétition doit être présentée au procureur du roi près le tribunal du domicile du pétitionnaire. Ce magistrat met son avis au pied de la pétition, qui est ensuite adressée au ministre de la justice pour en faire son rapport au roi, qui statue ; et si la dispense est accordée, l'ordonnance est à la diligence du procureur du roi, et en vertu d'ordonnance du président, enregistrée au greffe du tribunal de l'arrondissement dans lequel le mariage sera célébré.

(1) Titre du mariage, n°. 37.
(2) *Voy.* Locré, tom. III, pag. 213 et 214, sur l'art. 170.

Enfin une expédition de l'ordonnance, dans laquelle il est fait mention de l'enregistrement, demeure annexée à l'acte de célébration du mariage.

SECTION II.

Du defaut de consentement.

SOMMAIRE.

501. Le consentement forme l'essence du mariage, division de la section.

501. C'est le consentement des parties contractantes et non pas le commerce charnel qui forme l'essence du mariage. *Nuptias consensus, non concubitus facit.* (*L.* 30, *ff. de R. J.*)

Il n'y *a donc pas de mariage*, lorsqu'il n'y a pas de consentement. (Art. 146.) Le mariage est radicalement nul.

Il ne s'agit pas ici du cas où le consentement serait supposé dans un acte faux, auquel l'une des parties n'aurait pas concouru ; ce serait un délit qui devrait être poursuivi criminellement, suivant les formes prescrites en matière de faux : il s'agit du cas où il existe un consentement apparent, mais détruit dans son essence par des vices qui le rendent nul.

Ces vices sont, 1°. le défaut de la raison ; 2°. la violence ou la contrainte ; 3°. l'erreur et le dol ; car le consentement doit être l'effet d'une volonté libre et réfléchie.

Nous diviserons cette section en trois paragraphes, dans le dernier desquels nous traiterons par occasion de l'impuissance.

§. Ier.

Du défaut de raison.

SOMMAIRE.

502. Celui qui est en démence ou en fureur ne peut contracter mariage ; mais s'il n'est pas interdit, il faut une opposition.
503. Les sourds et muets peuvent se marier.

502. L'individu qui se trouve en état de démence ou de fureur, est incapable de donner un consentement vala-



ble, et par conséquent de contracter mariage. (Art. 174, n°. 2.)

Le tribunat demandait qu'il fût décidé que celui qui est en démence ou furieux est incapable de donner un consentement, lors même qu'il aurait des intervalles lucides : il ne fut rien décidé sur ce point (1), qui demeure abandonné à la prudence des tribunaux.

Si l'individu que l'on prétend en démence n'était pas interdit, le mariage célébré sans opposition serait valide. L'opposition ne pourrait être formée que par les ascendants, par le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine-germaine majeurs ; mais le tribunal pourrait prononcer main-levée pure et simple de cette opposition, qui ne doit jamais être reçue qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans un délai fixé (2).

503. Les sourds et muets peuvent se marier (3), pourvu qu'ils soient en état de manifester leur volonté d'une manière non équivoque ; car la validité des mariages ne dépend point des paroles, comme les stipulations en dépendaient à Rome, mais du consentement exprimé par des signes extérieurs. En cas de contestation, c'est aux tribunaux à décider si le sourd et muet est en état de manifester sa volonté.

§. II.

De la violence ou de la contrainte.

SOMMAIRE.

504. Il n'y a point de consentement si la violence est réelle ou physique.
505. Il y a consentement lorsqu'on agit par crainte.
506. Mais le consentement n'est pas valable.
507. Toute contrainte ne suffit pas pour annuler le consentement.
508. Il faut que la contrainte ait le mariage pour objet.
509. Le mariage serait nul, quand même l'époux violenté aurait occasioné la violence par une faute précédente.

(1) Locré, tom. III, sur l'art 146, pag. 50 et 51.

(2) Si l'interdit s'était marié sans le consentement du conseil de famille, le mariage serait-il nul ? Quelle personne pourrait l'attaquer ? Voyez ci-après chap. IV.

(3) *Voy*, Locré, tom. III, pag. 51 et suiv., ibid. D'Héricourt, lettre G, pag. 85 et 53, édit. de 1771. Boehmer, liv. 4. Décret, tit. 1, §. 101. Les sourds et muets peuvent faire un testament, ordonn. de 1735, art. 8 ; accepter une donation, Cod. civ., art. 936 et 979. *Voy*. Maujansius, *de surdorum et mutorum testamenti factione*, tom. 1, pag. 442.

510. Du rapt de violence, ou enlèvement d'une personne du sexe.
511. Du rapt de séduction.

504. Si la violence est réelle et physique, telle que dans le cas d'uu rapt exécuté à force ouverte par celui qui veut épouser nne personne malgré elle, ou d'un enlèvement exécuté par des parents qui veulent forcer une personne à un mariage qui lui répugne ; et si la violence continue d'exister au moment même de la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, qui est lui-même violenté ou complice, il est évident qu'il n'y pas de consentement.

505. Mais la contrainte peut n'être que morale et cachée : l'esprit peut être contraint, quoique le corps soit libre. Cette contrainte peut venir ou de mauvais traitements, ou de menaces antérieures au moment de la célébration du mariage : la crainte qui en résulte peut être telle qu'elle détermine la personne contrainte à donner, malgré elle, un consentement libre en apparence devant l'officier de l'état civil.

Il y a donc alors consentement de la part de celui qui agit par crainte, car il se détermine par un acte réfléchi de sa volonté : il choisit entre deux choses qui lui répugnent à la vérité toutes les deux ; mais enfin il choisit, et il n'y a pas de choix sans volonté ou sans consentement.

De-là les jurisconsultes romains, attachés aux principes rigoureux du Portique, soutenaient que la volonté contrainte n'en était pas moins une volonté (1). Ils en concluaient que le consentement donné par crainte était valable *stricto jure*, et que le contrat ne pouvait être annulé sans le secours du préteur.

506. Le Code civil a suivi des principes plus conformes à la raison, en déclarant *non valable* le consentement qni n'est donné que par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol. (Article 1109) (2).

S'il y a une espèce de volonté dans la personne qui aime mieux contracter un mariage qui lui déplaît, que de s'exposer à un mal plus grand, sa liberté n'est que respective, la contrainte est absolue. Le consentement imparfait qu'elle donne au mariage concourt avec la volonté de ne pas le contracter, si elle n'y était pas forcée par une contrainte illégale. Un pareil consentement ne peut être valable, parce qu'il

(1) L. 21, §. 5, ff. *Quod metûs causâ.*
(2) *Nihil consensui tàm contrarium est quàm vis atque metus, quem comprobare contrà bonos mores.* L. 116, ff. de R. J.

n'est pas libre. Le mariage est donc nul, quand même l'autre époux ne serait auteur ni complice de la violence, quand même il l'aurait ignorée (art. 1111); à plus forte raison s'il y avait participé; car alors il n'aurait plus le droit d'accepter une promesse extorquée par une violence qui lui est imputable, et dont il est obligé de réparer les suites ainsi que le dommage qu'en a souffert la personne qui en a été l'objet.

507. Mais toute espèce de contrainte n'est pas suffisante pour opérer la nullité du consentement. Il faut que la violence soit de nature à faire impression « sur une personne » raisonnable (1), et qu'elle puisse lui inspirer la crainte » d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable » et présent. On a égard en cette matière à l'âge, au sexe » et à la condition des personnes (2). » (Art. 1112.)

La crainte révérencielle, telle que celle de déplaire à un père violent et emporté, ne suffirait pas pour faire annuler un mariage; il en serait de même des menaces vagues : il faut que la crainte soit présente, dit l'article 1112. *Metum præsentem esse oportet non suspicionem inferendi ejus* (*L.* 9, *ff. Quod metûs causâ*).

508. Enfin, il faut que la contrainte ait directement le mariage pour objet. Par exemple, un voisin puissant et violent vous menace de la mort; dans le dessein de l'apaiser vous lui faites offrir en mariage votre fille, qui consent à l'épouser, par la crainte qu'elle a conçue pour votre vie. Le mariage ne serait pas nul, parce que les menaces et les violences n'avaient point pour objet de contraindre votre fille à un mariage (3).

509. Le mariage contracté par crainte n'en serait pas moins nul (4), quand même l'époux violenté aurait, par sa conduite, occasioné la violence qu'il a éprouvée. Par exemple, si un homme surpris avec une personne qu'il a déshonorée, était par la violence et par les menaces forcé de l'épouser; dans l'ancienne jurisprudence on jugeait nuls de pareils mariages, en condamnant néanmoins le coupable aux dommages et intérêts de la personne déshonorée (5).

(1) *Si talis metus inveniatur qui potuit cadere in constantem virum. Cap.* 8, *de Spons.* Pothier, du Mariage, n°. 316.
(2) *Voy.* Boehmer, *Jus ecclesiasticum protest. in tit. de Spons.* §. 133.
(3) Boehmer, *ibid.*, §. 139.
(4) Boehmer, *ibid.*, §. 135.
(5) *Voy.* Lacombe, Jurisprudence civile, au mot *Empêchement*, n°. 7.

510. Le rapt ou l'enlèvement d'une personne du sexe est un des actes qui caractérisent le plus fortement la violence ou la contrainte. Il formait, du temps de Justinien (1) et de Charlemagne, un empêchement dirimant, perpétuel et absolu, qui empêchait le mariage entre le ravisseur et la personne ravie, quand même celle-ci, étant hors de la puissance du ravisseur, y aurait donné librement son consentement.

Le droit canonique avait mitigé ces dispositions rigoureuses, en permettant le mariage avec le ravisseur, si la personne ravie y donnait un consentement libre.

Le concile de Trente y ajouta la condition que la personne ravie fût mise avant le mariage, hors de la puissance du ravisseur, *à raptore separata et in loco tuto constituta.*

L'ordonnance de 1639, art. 5, avait en ce point adopté la disposition du concile de Trente.

Le rapt de violence était alors un empêchement d'ordre public. C'était un crime puni de la peine de mort par les ordonnances (2).

Aujourd'hui le rapt, non plus que toute autre contrainte pour parvenir à un mariage, n'opère plus qu'une nullité relative, que les deux époux, en cas que tous les deux aient été contraints, ou celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, peuvent seuls réclamer. Eux seuls sont recevables à attaquer le mariage pour défaut de liberté. (Art. 180.) Comme nous le dirons au chapitre IV, le Code pénal du 12 février 1810, art. 357, ne prononce pas de peine contre le rapt de violence, lorsqu'il n'a été commis que pour épouser la personne ravie.

511. Notre législation actuelle ne reconnaît plus le rapt de séduction que l'ancienne jurisprudence française punissait de mort (3). Le rapt de séduction ne pouvait avoir lieu qu'à l'égard d'une personne mineure de l'un ou de l'autre sexe. Il était commis contre la famille de la personne séduite, c'est pourquoi on l'appelait *raptus in parentes.* On a pensé que la loi avait assez pourvu à l'intérêt de la famille en décidant que le consentement du mineur n'est pas suffisant pour valider son mariage (4).

(1) *Voy.* Pothier, Du Mariage, n°. 225; Lacombe, Jurisprudence canonique, *verbo* Rapt.

(2) Muyart de Vouglans, Institutes au droit criminel; Lacombe, au mot *Rapt.*

(3) *Voyez* la Déclaration du 22 septembre 1730.

(4) *Voy.* Locré, tom. III, pag. 66, édit. in-8°.

§. III.

De l'erreur et du dol, et par occasion de l'impuissance.

SOMMAIRE.

512. L'erreur sur la personne physique ou sur l'individu, détruit le consentement et annule le mariage.
513. Quand il y a erreur sur la personne.
514. De l'erreur sur la personne civile ou sociale.
515. Qualités qui la composent.
516. L'erreur sur la condition, la fortune ou les mœurs, n'annule pas le mariage.
517. Quand même il y aurait eu dol personnel de la part des conjoints, et pourquoi.
518. De la servitude et de la mort civile.
519. Erreur sur la qualité d'étranger.
520. Sur la famille et sur la distinction de castes.
521. L'erreur sur les qualités et sur la famille peut emporter l'erreur sur la personne, et être jointe au dol. Exemple.
522. Autre exemple, où est joint le dol personnel de l'un des époux.
523. Le dol ne suffit pas pour annuler le mariage, lorsque l'erreur sur la qualité n'emporte pas l'erreur sur la personne.
524. La question de nullité de mariage pour cause d'erreur, agitée et non résolue au Conseil d'état, reste abandonnée à la prudence des tribunaux.
525. De l'impuissance, de l'erreur dans les qualités nécessaires pour accomplir le mariage.
526. De l'impuissance accidentelle antérieure au mariage, et ignorée de l'autre époux.

512. « Il n'y a point de consentement valable, s'l n'a été donné que par erreur. » (Art. 1109.) *Non videntur qui errant consentire.* (*L.* 116, §. 2, *ff. de R. J.*) Ce principe est applicable à toutes les conventions; et si l'erreur détruit le consentement dans les contrats du plus mince intérêt, à plus forte raison dans le mariage, le plus important de tous les contrats de la vie civile.

Mais l'erreur peut tomber sur la personne même, ou seulement sur ses qualités : c'est ce qu'il importe de bien distinguer.

513. Il y a erreur sur la personne, quand un individu est physiquement substitué à un autre individu. Cette erreur physique opère toujours, et a opéré dans tous les temps la nullité du mariage.

J'avais intention d'épouser Marie : par un concours singu-

lier de circonstances et de surprises, je suis trompé ; j'épouse Jeanne qui lui est substituée à mon insu, et qui se fait passer pour Marie. Il est évident que le mariage est nul par le défaut du consentement ; car le concours de deux volontés ne se rencontre pas dans cette espèce. Si Jeanne a voulu m'épouser je n'ai pas voulu épouser Jeanne. Si j'ai dit que je la prenais pour épouse, c'est à Marie que je croyais parler ; c'est Marie que je voulais épouser. D'ailleurs, Jeanne ne peut se prévaloir d'un consentement surpris par un dol auquel elle a participé en se faisant passer pour Marie.

514. Mais il serait peut-être impossible de citer un exemple d'un mariage contracté par erreur sur l'individu ou sur la personne physique. Car lorsqu'on se présente devant l'officier de l'état civil pour se marier, on agrée la personne physique qu'on a devant les yeux. Réduire la règle à l'erreur sur la personne physique ou sur l'individu, ce serait donc l'anéantir presque absolument ; l'erreur ne peut guères tomber que sur la personne morale ou sociale, c'est-à-dire, sur les qualités qui la constituent. Il faut donc voir si l'erreur sur ces qualités emporte le défaut de consentement, et par conséquent la nullité du mariage.

515. Ces qualités sont la condition ou le rang qu'une personne tient dans la société, sa fortune, ses mœurs et son caractère : enfin, son état civil, sa patrie, son nom et sa famille.

516. Jamais (1), dans les temps même où l'on reconnaissait plusieurs classes de citoyens, des nobles et des plébéiens flétris sous la dénomination de roturiers, l'erreur sur ces qualités ne fut considérée comme capable de vicier le consentement. Il en est de même de l'erreur sur les avantages de la fortune et même sur les qualités morales.

On a toujours jugé que le mariage demeurait hors d'atteinte, quoiqu'on eût épousé une roturière la croyant noble, une fille pauvre la croyant riche, une prostituée qu'on croyait vertueuse, une veuve qu'on croyait fille (2).

Car l'erreur n'annule le contrat que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. (Art. 1110.)

517. Le mariage ne serait pas nul, quand même l'un des époux aurait, par un mensonge ou un dol personnel, contri-

(1) Excepté à Rome, sous l'empire de la loi Pappia Poppæa, qui ne fut pas de longue durée.

(2) Pothier, n° 310. Pirrhing, sur les Décrétales, *in tit. de Sponsalibus*, n°. 142.

bué à induire l'autre époux en erreur sur l'une des qualités dont on vient de parler (1).

Car le dol n'est une cause de nullité dans les contrats que lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté (art. 1116): c'est ce qui ne se présume jamais, et ce qui doit être prouvé. Or, il n'est pas présumable que les époux aient fait de ces qualités une condition irritante du mariage.

518. Les lois romaines et canoniques déclaraient les mariages nuls, lorsque par erreur on avait épousé une personne esclave la croyant libre; mais la servitude étant depuis très-long-temps abolie en France, ces lois y étaient et y sont encore aujourd'hui sans application (2).

L'erreur sur l'état civil a beaucoup de rapport avec l'erreur sur la condition de servitude, lorsque, croyant épouser une personne qui jouit de son état civil, qui est une personne dans la société, j'en épouse une qui est morte civilement, qui n'est plus une personne civile (3).

Mais comme l'art. 25 du Code déclare l'individu mort civilement incapable de contracter un mariage qui produise *aucun effet civil*, et qu'il déclare même dissous, aussi quant aux effets civils, le mariage que cet individu avait précédemment contracté, il n'est nécessaire de recourir au moyen d'erreur que pour faire produire à ces mariages, valables quant au lien, les effets civils en faveur de l'époux qui est de bonne foi, et en faveur des enfants (4).

Si les deux époux étaient tous les deux morts civilement, aucun d'eux ne pouvant invoquer la bonne foi, quand même il eût ignoré la mort civile de l'autre, le mariage ne pourrait produire aucun effet civil ni en leur faveur, ni en faveur des enfants.

519. L'erreur sur la qualité d'étranger ne suffirait pas pour faire annuler un mariage, parce que le mariage est permis entre Français et étranger, et que même les étrangers jouissent en France de certains droits civils.

(1) Pothier et Pirrhing, *ibid.*

(2) Pothier, nos 311 et 312.

(3) Dans l'ancienne jurisprudence, on jugeait valables *quoad fœdus*, mais nuls quant aux effets civils, les mariages contractés depuis la mort civile, art. 6 de la déclaration du 29 novembre 1639. *Voy.* d'Héricourt, lett. G., pag. 96, no 85. Lacombe, Jurispr. canon. Vo. Empêchement, sect. 5, tit. 2. Pothier, no. 213, *vid. sup.* no. 285.

(4) *Vid. sup.* no. 284, pag. 153 et suiv.

520. L'erreur sur la famille de l'un des époux n'est point aussi capable de vicier le consentement et d'annuler le mariage. En épousant Titia, j'ai cru épouser la fille de Titius, citoyen distingué par ses mœurs et ses vertus, plus encore que par ses richesses et ses emplois. Une action en supposition de part, vient ôter à Titia son nom, sa famille, ses richesses et sa considération : ce n'est plus qu'une fille naturelle sans autre dot que ses vertus. Le mariage ne devient pas nul (1).

C'est la personne physique de Titia qui était l'objet essentiel du mariage : le reste n'était qu'accessoire. Or, l'erreur n'annule les contrats que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. (Art. 1110.)

Si l'erreur sur les qualités morales et naturelles, sur les mœurs, les vertus, le caractère, n'annule pas le mariage, l'annuler pour cause d'erreur sur les qualités civiles, sur la légitimité, sur la famille, ce serait, disait Bonaparte, alors premier consul, dégrader la nature humaine, car ce serait donner la préférence aux qualités civiles sur les qualités naturelles (2).

Les qualités civiles étaient d'un grand poids lorsqu'il existait des distinctions *de castes* (3) ; mais aujourd'hui qu'on ne considère plus l'homme qu'en lui-même, et tel qu'il est dans la nature, la considération de l'individu détermine le plus grand nombre des mariages. Si le nom et les qualités civiles tiennent aux idées sociales, il y a quelque chose de plus réel dans les qualités morales, comme l'honnêteté, la douceur, l'amour du travail ; on ne peut plus dire que celui qui les rencontre dans la personne qu'il a épousée a été trompé, quoi qu'il se soit mépris sur de simples accessoires (4).

521. Mais l'erreur sur la qualité, sur le nom et la famille, peut quelquefois dégénérer en erreur sur la personne, ou, comme disent les auteurs (5), renfermer l'erreur sur la personne : elle peut aussi être produite par le dol personnel de l'un des conjoints, et être telle qu'il soit évident que sans ses manœuvres, le mariage n'eût pas été contracté.

L'erreur sur la qualité renferme erreur sur la personne, lorsqu'il paraît, par les circonstances, que c'est la qualité

(1) Maleville, Cambacérès, etc., dans Locré, tom. III, pag. 72.
(2) Locré, tom. III, pag. 39, édit. in-8°.
(3) *Ibid.* pag. 78.
(4) Locré, tom. III, pag. 78, édit. in-8°.
(5) Pirrhing, *de Sponsalib. et Matrim. ubi sup.* Van Espen *Jus ecclesiast. univ.* part. 2, sect. 1, tit. 13, chap. 4 ; *de Impedim. erroris et condit.*

seule qui a déterminé la volonté de l'autre époux : que cette qualité était une condition tacite, sans laquelle il n'eût pas contracté; ce qui ne peut guère arriver qu'à l'égard d'une personne inconnue de l'autre époux, avant le temps de la célébration du mariage.

On en donne pour exemple la demande faite au nom d'un prince de la fille aînée d'un autre prince, héritière de la principauté de son père. Les parents envoient la fille cadette, et le prince l'épouse croyant épouser l'aînée qu'il ne connaissait pas. Il y a erreur sur la personne, car le prince ne voulait réellement épouser que l'aînée, héritière de la principauté de son père ; et s'il n'a pas formellement énoncé cette condition irritante, il a suffisamment manifesté sa volonté en demandant l'aînée et non la cadette. Il est moralement certain, par les circonstances, que le mariage n'eût pas été contracté, si le prince avait su que la princesse qu'on lui présentait, était la cadette. S'il lui a promis la foi de mariage, c'est qu'il croyait parler à l'aînée. Il y a ici erreur sur la personne, aussi bien que dans le cas où l'on substitue Jeanne à Marie.

Il est même possible que la princesse soit innocente de la fraude, et qu'elle ait été trompée elle-même par ses parents. Mais le mariage n'en est pas moins nul, par le défaut réel de consentement de la part d'une des parties.

522. On peut, quoique très-rarement, trouver dans des personnes d'un rang moins élevé, à faire l'application de ces principes à des mariages faits à l'aide de faux titres, et sur des rapports mensongers. Titius, mon ancien ami et mon parent, établi à Bayonne, a un fils unique que je ne connais point, et j'ai une fille. Nous formons le projet de les unir, et ce projet est agréé. Mais sur le point de venir à Rennes pour terminer, mon ami meurt, et cet événement retarde le mariage. Six mois après arrive un jeune homme qui se dit le fils de mon ami, et qui vient pour célébrer le mariage arrêté. Il est muni des papiers nécessaires, le mariage est célébré. L'arrivée du fils de mon ami, de celui à qui ma fille était promise, découvre l'erreur. Il se trouve que le premier arrivé est un fils naturel, né avant le mariage, et d'une autre femme. Il a, pour nous tromper, falsifié son acte de naissance, en y substituant les mots de fils légitime à ceux de fils naturel.

Le mariage est nul, 1°. parce que l'erreur sur la qualité emporte ici erreur sur la personne, et par conséquent défaut

de consentement. Ma fille croyait épouser celui à qui elle avait été promise ;

2°. Parce qu'il y a ici de la part du mari un dol personnel de telle nature que, sans ses manœuvres, il est évident que le mariage n'eût pas été contracté. (Art. 1116.)

En donnant à l'époux trompé le délai de six mois pour demander la nullité du mariage, *depuis que l'erreur a été par lui reconnue* (art. 181), le Code paraît supposer qu'il s'agit d'une erreur sur la personne civile. L'erreur sur la personne physique ou sur l'individu ne peut durer aussi long-temps.

523. Mais il ne suffit pas qu'il y ait dol de la part d'un des époux pour tromper l'autre, lorsque l'erreur sur la qualité n'emporte pas erreur sur la personne. *Finge* Titius, enfant naturel, recherche Mevia en mariage, il sait qu'elle a, ainsi que ses parents, une grande répugnance pour s'allier à un individu né hors mariage : il leur cèle donc son état, et, au moment de la célébration du mariage, il altère son acte de naissance pour y substituer les mots de fils légitime à ceux de fils naturel.

L'erreur est découverte. Le mariage n'est pas nul, car il est évident que l'erreur sur la qualité n'emporte point ici erreur sur la personne.

Et d'un autre côté, il n'est point évident que, sans la supercherie de Titius, le mariage n'eût pas été contracté.

La difficulté est de bien discerner quand l'erreur sur la qualité emporte erreur sur la personne ; quand le dol est tel que, sans les manœuvres d'une des parties, le mariage n'eût pas été contracté.

524. La question de la nullité du mariage, pour cause d'erreur, fut vivement agitée au conseil d'état : mais elle n'y fut point résolue.

Le projet qu'on discutait portait : « Il n'y a pas de mariage, » lorsqu'il n'y a pas de consentement ; il n'y a pas consen- » tement, lorsqu'il y a violence ou erreur sur la person- » ne. »

Ce mot *personne* parut équivoque. On ne savait s'il était réduit à la personne physique et individuelle, ou s'il fallait l'étendre à la personne civile ou sociale.

En d'autres termes, si l'erreur sur les qualités qui constituent la personne sociale, vicie le consentement aussi bien que l'erreur sur l'individu.

D'un côté, on soutenait que l'erreur sur les qualités civiles devait vicier le mariage dans tous les cas; de l'autre, qu'elle

ne devait avoir cet effet que dans le cas où l'époux sur lequel elle tombe en aurait été complice (1).

Mais on ne put s'accorder, et pour terminer la discussion, on retrancha la seconde partie de l'article projeté, et on ne conserva que la première partie qui contient le principe abstrait : « Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a point de » consentement » (2).

Ainsi on laissa aux tribunaux à décider, suivant les faits et les circonstances; les cas où il n'y a point de consentement valable.

Les règles que nous venons de tracer sont le résultat des dispositions adoptées depuis par le Code, au chapitre des conditions essentielles pour la validité des conventions, et des réflexions des plus profonds jurisconsultes.

525. Quant à l'erreur sur les qualités nécessaires pour accomplir le but du mariage, l'impuissance était autrefois, dans la personne de l'un ou de l'autre sexe en qui elle se rencontrait, un empêchement dirimant qui la rendait incapable de contracter aucun mariage, parce que la procréation des enfants en est la fin principale. Le Code garde, à ce sujet, un silence absolu, provenu sans-doute des abus et des scandales auxquels avait donné lieu la difficulté de vérifier la réalité de cet empêchement. Il paraît donc que l'esprit du Code n'est pas d'autoriser des demandes en nullité de mariage, motivées sur une allégation d'impuissance dont il n'existerait d'autres preuves que la faiblesse des organes, ou des vices naturels de conformation auxquels les gens de l'art pourraient, sur des conjectures souvent démenties par les faits, attribuer la stérilité d'un mariage.

Cependant la cour d'appel de Trèves, par un arrêt du 27 janvier 1808 (3), a décidé que l'impuissance ou les causes physiques de conformation, qui s'opposent au but naturel et légal du mariage, sont des empêchements qui l'annulent de plein droit; en conséquence, elle a ordonné, avant faire droit, qu'une femme serait vue et visitée par des gens de l'art, dont les parties conviendraient, pour constater si sa conformation physique s'opposait au but du mariage, et si l'obstacle existait avant le mariage, ou s'il est survenu depuis.

(1) Ce dernier avis était celui de Bonaparte. *Voy.* Locré, tom. III, depuis la pag. 67 à la pag. 84.

(2) On a cependant laissé subsister l'expression d'*erreur dans la personne*, en l'art. 180.

(3) Rapporté par Sirey, an 1808, 2ᵉ part., pag. 214.

Nous ignorons si cet arrêt, qui nous paraît contraire à l'esprit du Code, a été dénoncé à la Cour de cassation. Il est au moins fort douteux qu'elle en adopte les principes (1).

526. Si l'impuisance était accidentelle et manifeste; par exemple, si un eunuque avait l'impudence de contracter un mariage en célant son état à la future, il semble qu'elle

(1) Depuis la première édit. de cet ouvrage, la cour de Trèves a rendu son arrêt définitif le 1er juillet 1808, par lequel, « attendu qu'il résulte du rapport » des gens de l'art que l'état physique de ladite N.. et sa conformation s'op- » posent au but naturel et légal du mariage, que cet empêchement existe » avant le mariage, et qu'il n'est pas possible d'y remédier.

» La Cour donne défaut contre l'intimée, faute de plaider.... et statuant au » principal déclare le mariage contracté entre les parties nul *de plein droit* » condamne l'intimée aux dépens. »

Nous persistons à croire cet arrêt mal rendu et contraire à l'esprit du Code, qui a voulu bannir sans retour les procès scandaleux qui avaient pour prétexte des infirmités plus ou moins graves, proscrire pour toujours ces visites indécentes qui blessent la pudeur, que réprouve la morale, et dont cependant les gens de l'art ne pouvaient tirer que des conjectures trompeuses souvent démenties par les faits.

Dans l'espèce, ce n'était qu'après avoir vécu avec son épouse pendant dix-huit mois que le mari se plaignait qu'elle était inhabile au coït. Cette circonstance ne suffisait-elle pas pour faire présumer que l'empêchement, s'il existait, n'existait pas au premier temps du mariage; et pour rendre le mari non recevable dans sa demande en nullité par argument de l'art. 181.

Si la femme, comme elle devait le faire, s'était refusée à la visite, qu'eût pu faire la cour de Trèves? Aurait-elle pu conclure que ce refus contenait une reconnaissance tacite de l'inhabilité de la femme, que cette inhabilité était antérieure au mariage, quoique le mari eût habité avec la femme pendant dix-huit mois? Une pareille conséquence blesserait également les règles de la logique et de la saine morale.

Elle blesserait même les principes reçus en jurisprudence, et conduirait à rétablir le divorce par consentement mutuel. Supposons qu'un mari et une femme, dégoûtés l'un de l'autre, désirent également de voir briser leurs liens. Le pourraient-ils bien au moyen d'une procédure collusoire? Le mari forme sa demande en nullité de mariage, sous le prétexte que la conformation de sa femme la rend inhabile à remplir *le but naturel et légal du mariage*, comme dit la cour de Trèves, il demande à la faire visiter. L'épouse pour prévenir la visite, reconnait l'exactitude des faits allégués par son mari. Pourra-t-on, sur cette reconnaissance volontaire, prononcer la nullité du mariage? Non, certes. Une pareille jurisprudence tendrait à rétablir indirectement le divorce par consentement mutuel.

Hé bien, si au lieu de reconnaître les faits, l'épouse fait défaut, et se refuse à la visite, la prétendue reconnaissance tacite, qu'on voudrait induire de son refus, pourrait-elle avoir plus de force que la reconnaissance expresse de l'exactitude des faits?

On ne saurait donc admettre la jurisprudence de la cour de Trèves. La cour de Gênes eut raison de la rejeter par un arrêt du 7 mars 1811, qui jugea que l'impuissance naturelle n'ayant point été placée par le Code parmi les causes de nullité de mariage, elle ne peut en autoriser l'annulation, et que l'erreur n'est pas une cause de nullité du mariage, si elle ne porte que sur les qualités de la personne. Cet arrêt est rapporté par Sirey, t. XI, 2e. part., pag. 193 et suiv., où l'on peut en voir l'espèce et les motifs.

serait recevable à faire déclarer le mariage nul. Cette nullité nous paraît dans le véritable esprit du Code, qui veut (art. 312) que l'impuissance accidentelle du mari soit un moyen suffisant pour désavouer l'enfant conçu pendant le mariage, quoiqu'il en soit autrement de l'impuissance naturelle.

D'ailleurs, il y aurait en ce cas erreur dans une qualité, qui rendait la personne inhabile à contracter mariage; il y aurait dol de la part du mari qui ne pourrait se prévaloir d'un consentement surpris par un dol personnel.

L'impuissance survenue pendant le mariage n'en a jamais opéré la dissolution.

SECTION III.

Du lien d'un mariage subsistant.

SOMMAIRE.

527. C'est un empêchement dirimant. Le bigame est puni d'une peine afflictive, si sa bonne foi n'est pas prouvée.

528. Le mariage contracté par l'un des époux pendant l'absence de l'autre, ne peut être attaqué par ce dernier.

529. S'il ne l'attaque pas, il ne peut contracter lui-même un second mariage.

530. Si la nullité du premier mariage était attaquée, elle devrait être préalablement jugée.

527. Il est dans nos mœurs qu'un premier mariage valable et subsistant, soit un obstacle à un second. (Art. 147.) C'est un empêchement dirimant et absolu.

La bigamie est même rangée en France au nombre des crimes ou délits publics, et punie d'une peine afflictive et infamante (1), à moins que le bigame ne puisse prouver une bonne foi qui le rende excusable.

La bonne foi est présumée de droit, lorsque l'absence du premier époux avait été déclarée.

528. Néanmoins, comme l'absence ne dissout pas le mariage, quelque longue qu'elle soit, l'époux d'un absent ne peut former de nouveaux liens s'il ne prouve le décès de l'absent. Sans cette preuve toutes les personnes que la loi admet à former des oppositions, et même le ministère public peuvent s'y opposer.

(1) De la peine des travaux forcés à temps, art. 340 du Code pénal.

Mais si, nonobstant la prohibition de la loi, l'époux présent avait contracté un nouveau mariage, l'incertitude de la vie de l'absent empêche de l'attaquer ; l'absent seul est recevable à le faire, comme nous l'avons dit, *voy. sup.* nº 484, et *le vingt-huitième plaidoyer de d'Aguesseau.*

529. S'il ne l'attaque pas, il ne peut profiter de la faute du conjoint présent pour contracter lui-même un second mariage. Le premier n'est point dissous aux yeux de la loi ; elle retient seulement l'action du ministère public, pour ne laisser la faculté de se plaindre, qu'à l'époux dont les droits ont été violés, et qui est par conséquent plus intéressé que personne à faire annuler le second mariage.

Mais la loi ne l'autorise pas à se taire pour contracter lui-même un second mariage, au mépris du premier qui n'est pas dissous, et dont il peut réclamer les droits. Elle n'a point fait en sa faveur d'exception à l'art. 147, dont la disposition est générale.

530. Si le premier mariage était nul, comme il ne pourrait produire aucun effet, il n'y aurait point de bigamie; le second mariage serait seul valide (1). Si donc les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, cette nullité doit être jugée préalablement (art. 189) (2). Mais les fausses déclarations faites pour parvenir au second mariage, peuvent mériter une instruction criminelle contre les contractants et contre ceux qui y ont assisté (3).

SECTION IV.

Empêchement de consanguinité et d'affinité.

SOMMAIRE.

531. De la parenté naturelle, civile et mixte.
532. De la ligne de parenté, et combien il y en a.
533. Des degrés de parenté.
534. De l'alliance ou affinité.
535. Empêchements résultants de la parenté ou de l'alliance, peu étendus aujourd'hui.
536. En ligne directe, le mariage est défendu entre les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés de la même ligne.

(1) D'Aguesseau, tom. IV, pag. 88 et suiv.; tom. II, pag. 183; t. III, pag. 12.
(2) Pothier, Du Mariage, nº. 107. Pirrhing, *in tit. de Sponsalibus*, nº. 158. Lacombe, Jurisp. canonique, au mot Empêchement, nº. 6.
(3) D'Aguesseau, *ubi sup.*

531. La parenté ou consanguinité est une liaison produite par le sang et la nature seuls, par la loi civile seule, ou par la nature et la loi civile tout ensemble. Ainsi on distingue trois sortes de parentés : la naturelle, la civile et la mixte.

La parenté naturelle est la liaison que le sang et la nature seuls ont mise entre les personnes qui descendent l'une de l'autre, ou d'un auteur commun, mais d'une union qui n'est pas reconnue légitime par la loi civile.

Cette liaison existe entre les enfants naturels et leurs descendants, leurs père et mère et les parents des père et mère.

La maxime que les enfants naturels n'ont point de famille, ne s'applique qu'aux rapports civils ; les rapports naturels qui résultent de la liaison du sang entre les enfants naturels ou leurs descendants, et les parents des père et mère, sont les mêmes qu'entre les enfants légitimes et les parents de leurs père et mère. *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt* (1).

La parenté civile est l'ouvrage de la loi seule : elle résulte de l'adoption, et n'existe qu'entre l'adoptant, l'adopté et les descendants de celui-ci, ainsi qu'entre l'adopté et les enfants naturels ou adoptifs de l'adoptant.

Observez que le mot *enfant naturel* a différentes significations en droit, suivant le mot auquel il est opposé. Opposé au mot *légitime*, il signifie l'enfant né hors mariage ; opposé au mot *adoptif*, il signifie non-seulement l'enfant né hors mariage, mais encore et principalement l'enfant légitime.

La loi n'établit aucun lien entre l'adopté et les parents ascendants ou collatéraux de l'adoptant.

La parenté mixte est la liaison que la loi, d'accord avec la nature, a mise entre les personnes qui descendent les unes des autres, ou d'un auteur commun, au moyen d'un mariage légitime.

532. La série des personnes entre lesquelles cette liaison existe, s'appelle une ligne de parenté.

Il y a deux lignes de parenté ; la directe et la collatérale.

La ligne directe est la série des personnes qui descendent ne de l'autre.

(1) *L.* 8, *ff. de R. J.*

Cette ligne est ascendante ou descendante.

La série des personnes qui descendent de celle dont il s'agit, de *moi*, par exemple, est la ligne descendante.

Et celle des personnes de qui je descends, est la ligne ascendante.

Dans la ligne directe descendante, sont le fils, le petit-fils. l'arrière-petit-fils, etc.

Dans l'ascendante, sont le père, l'aïeul, le bisaïeul, le trisaïeul, etc.

La ligne collatérale est la série des personnes qui descendent d'un auteur commun. On l'appelle collatérale, *quasi à latere*, parce qu'elle est composée de deux lignes directes qui descendent à côté l'une de l'autre, en partant de l'auteur commun, qui est le point de leur union.

533. On appelle degré de parenté, la distance qu'il y a entre deux parents. Les degrés se comptent par le nombre des générations; de manière qu'on compte autant de degrés qu'il y a de personnes engendrées, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale.

Le mot degré de parenté est une expression métaphorique, empruntée de la figure du tableau généalogique, sur lequel on figurait la parenté. On donnait autrefois à ce tableau la figure d'un escalier ou d'une échelle.

534. L'alliance ou l'affinité, est la liaison qui existe entre l'un des conjoints, par mariage, et les parents de l'autre conjoint. *Necessitudo inter unum è conjugibus et alterius conjugis cognatos*. Ainsi tous les parents de la femme sont les alliés du mari, et *vice versâ*.

535. Les prohibitions ou empêchements de mariage entre parents et alliés étaient autrefois fort étendus, et la discipline ecclésiastique avait beaucoup varié sur ce point dans les différents temps.

Ces empêchements, aujourd'hui réglés par la loi civile, sont réduits à quelques dispositions fort simples et fort claires.

536. 1°. En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés de la même ligne.

Toutes les nations ont eu en horreur les mariages entre les pères ou mères et les enfants ou petits-enfants : c'est un empêchement fondé sur le droit naturel et sur les lois positives, divines et humaines.

537. 2°. En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre

le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré. (Art. 192.)

La morale et la politique s'accordent pour défendre les mariages entre les frères et sœurs. Cette prohibition dérive de l'honnêteté publique. La famille doit être le sanctuaire des mœurs. Il faut éviter tout ce qui peut les corrompre ; le mariage n'est pas une corruption. Mais l'espérance du mariage entre personnes qui vivent sous le même toit et dans une si grande intimité, pourrait introduire la corruption et entraîner des désordres qui souilleraient la maison paternelle, et en banniraient l'innocence et la vertu.

Aucune autorité dans l'état n'a le droit de lever, par des dispenses, les prohibitions portées dans ces deux articles.

538. 3°. Des raisons d'honnêteté publique ont aussi fait défendre le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (art. 163), le grand-oncle et la petite-nièce (1). Mais la loi donne au gouvernement le pouvoir de lever cette prohibition par une dispense donnée dans la forme que nous avons indiquée ci-dessus en parlant des dispenses d'âge.

La prohibition ne s'étend point aux oncles et tantes, nièces et neveux par alliances ; et comme le Code ne reconnaît la parenté naturelle qu'entre les ascendants et les descendants, les frères et les sœurs, on voit, en comparant l'art. 163 avec les deux précédents, que le mariage n'est défendu qu'entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu *légitimes*, et non entre les mêmes parents *naturels*, ou simplement unis par alliance (2).

539. Des raisons de décence et d'ordre public ont aussi fait défendre le mariage ;

Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;

Entre les enfants adoptifs du même individu ;

Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ;

Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. (Art. 348.)

(1) Avis du Conseil d'état, approuvé le 7 mai 1808.
(2) Maleville, tom. 1, pag. 179.

SECTION V.

Défaut de consentement des ascendants ou de la famille.

SOMMAIRE.

540. Les garçons avant vingt-cinq ans, les filles avant vingt-un ans, ne peuvent se marier sans le consentement de leur père : ou de leur mère, s'il est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté.
541. S'ils sont morts tous les deux, les aïeuls et aïeules les remplacent, et le dissentiment entre les lignes emporte consentement.
542. S'il n'y a point d'ascendants, il faut le consentement du conseil de famille, jusqu'à vingt-un ans.
543. Quand les ascendants sont hors d'état de manifester leurs volontés.
544. *Quid*, si les ascendants sont morts sans qu'on puisse produire l'acte de leur décès ?
545. Faute de consentement des ascendants, le mariage des mineurs est nul, et l'officier de l'état civil puni.
546. Les enfants peuvent demander raison du refus de leurs ascendants.
547. Ils peuvent la demander au conseil de famille.
548. Après la majorité, les enfants doivent requérir le consentement de leurs ascendants par un acte respectueux.
549. L'acte respectueux doit être notifié par deux notaires à personne ou à domicile. La présence des enfants n'est pas nécessaire.
550. Les ascendants n'ont plus le pouvoir d'exhéréder, faute d'actes respectueux, mais l'officier de l'état civil est puni.
551. Les enfants naturels, légalement reconnus, sont comme les légitimes, obligés d'obtenir ou de requérir le consentement de leurs père et mère ou d'un tuteur *ad hoc*.

540. De toutes les actions de l'homme, le mariage est une de celles qui intéressent le plus sa destinée ; et comme les facultés et les forces du corps se développent avant celles de l'esprit, l'homme se trouve habile à contracter mariage avant que l'âge ait mûri sa raison, et qu'il soit en état de faire un choix éclairé. Dans le premier âge des passions, la loi ne l'abandonne point à lui-même ; elle lui donne un guide pour le diriger dans l'acte peut-être le plus important de sa vie.

« Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accom-» plis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-un ans ac-» complis, ne peuvent contracter mariage sans le consente-» ment de leurs père et mère. »

» En cas de dissentiment, le consentement du père suf-» fit (art. 148), » parce qu'il est le chef de la famille, et que dans une société composée de deux personnes, toute délibération serait impossible si l'un des deux n'avait la prépondérance. La loi guidée par la nature garantit cet avantage au père.

« Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité

» de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit » (Art. 149.) »

« 541. Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans » l'impossibilité de manifester leurs volontés, les aïeuls et » aïeules les remplacent. S'il y a dissentiment, il suffit du » consentement de l'aïeul.

» S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage » emportera consentement. (Art. 150.) »

Ainsi la loi n'accorde en ce point nulle prérogative à la ligne paternelle sur la maternelle, ni même à l'aïeul paternel sur l'aïeule maternelle. On n'a pas suivi pour les mariages le même esprit que pour les tutelles (1), à l'égard desquelles l'aïeul paternel est préféré (art. 402) ; la faveur des mariages a fait établir que la ligne qui consent l'emporte sur l'autre. Comme les suffrages se comptent par ligne et non par tête, un seul ascendant, l'aïeule maternelle par exemple, l'emporte seule, si elle consent au mariage, sur l'aïeul et sur l'aïeule paternels qui s'y opposent, parce que le dissentiment entre les deux lignes emporte consentement.

542. « S'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, » ou s'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur » volonté, les fils ou filles mineurs de vingt-un ans ne peu- » vent contracter de mariage sans le consentement du con- » seil de famille. (Art. 160.) »

Ainsi la nécessité d'obtenir le consentement du conseil de famille, ne s'étend pas au-delà de l'âge de vingt-un ans, même pour les garçons, quoiqu'à leur égard l'autorité des père et mère et ascendants s'étende jusqu'à vingt-cinq ans.

543. Les père, mère et ascendants sont dans l'impossibilité de manifester leurs volontés lorsqu'ils sont en démence, absents, condamnés à une peine emportant la mort civile, ou même à une peine afflictive ou infamante, pendant la durée de la peine. (2)

Dans le premier cas il faut que l'interdiction soit prononcée ; il ne suffirait pas à des enfants d'alléguer la démence ou l'imbécillité de leurs ascendants, pour se dispenser d'obtenir leur consentement. Dans le cas d'une interdiction provoquée, mais non encore prononcée, il faudrait attendre l'issue du jugement, parce que l'état des hommes est provisoire.

L'absence est constatée par le jugement qui a déclaré l'absence, ou par celui qui a ordonné l'enquête ; ou enfin, s'il n'a été rendu aucun jugement, par un acte de notoriété dé-

(1) Maleville, sur l'art. 158, tom. 1, pag. 169.
(2) *Voy. sup.*; Tit. 1er., sect. 2, pag. 196.

livré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte doit contenir la déclaration de quatre témoins appelés d'office par le juge de paix. (Art. 155.)

A l'égard de l'ascendant condamné à une peine emportant la mort civile, il faut distinguer celui qui est condamné par contumace, de celui qui l'est contradictoirement. Ce dernier étant considéré comme mort, ne peut manifester sa volonté.

Le condamné par contumace, s'il est encore dans le délai de cinq ans, n'est pas mort civilement. Il faut donc obtenir son consentement ou constater son absence dans la forme prescrite par l'article 155.

Le consentement des ascendants condamnés à une peine afflictive ou infamante, pendant la durée de la peine, n'est point exigé pour le mariage des enfants majeurs, parce que ces ascendants sont dans un état d'interdiction légale.

Leur consentement est suppléé par celui du conseil de famille, si les enfants sont mineurs.

544. Si les père et mère des futurs mariés sont morts, il n'est pas nécessaire de représenter les actes de leur décès, lorsque les aïeuls ou aïeules attestent ce décès; et, dans ce cas, il doit être fait mention de leur attestation dans l'acte de mariage.

Si les père, mère, aïeuls ou aïeules dont le consentement est requis, sont décédés, et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de leur décès, ou la preuve de leur absence, faute de connaître leur dernier domicile, il peut être procédé à la célébration du mariage des majeurs, sur leur déclaration à serment, que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants, leur sont inconnus.

Cette déclaration doit être aussi certifiée par le serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et leur dernier domicile.

L'officier de l'état civil doit faire mention de ces déclarations dans l'acte de mariage (1).

Si dans ces cas les futurs étaient mineurs, il faudrait suppléer le consentement des ascendants par celui du conseil de famille, en déclarant dans la délibération que le lieu du décès et celui du dernier domicile des ascendants sont ignorés.

545. Le mariage des fils de famille contracté avant l'âge de vingt-cinq ou vingt-un ans accomplis, sans avoir préalablement obtenu le consentement de leurs ascendants ou du

(1) Avis du Conseil d'état, approuvé le 4 thermidor an XIII.

conseil de famille, est nul; et l'officier civil qui aurait célébré ce mariage, sans énoncer le consentement des ascendants, ou, à leur défaut, du conseil de famille, serait, à la diligence des parties intéressées et dû ministère public, condamné à une amende qui peut aller jusqu'à 300 fr., et à un emprisonnement de six mois au moins. (Art. 156.)

La nullité du mariage des mineurs, contracté sans le consentement de leurs père et mère, est de droit ancien; elle était prononcée par les lois romaines, par celles des Français, dès les premiers temps de la monarchie (1). Enfin, cette nullité est de droit commun en Europe.

Autrefois, en Angleterre, les mariages contractés par les mineurs, sans le consentement des parents, étaient valides, et les lois se contentaient d'infliger une peine au prêtre qui avait marié des enfants de famille sans le consentement de leurs pères.

L'expérience a démontré le peu de sagesse de cette loi; et par un statut du parlement, fait la vingt-sixième année du règne de Georges II, il a été ordonné que les mariages contractés par des enfants mineurs de vingt-un ans, sans le consentement de leurs parents, seraient nuls (2).

546. La nécessité du consentement des père et mère ou ascendants au mariage de leurs enfants et petits-enfants qui n'ont pas atteint l'âge de vingt-cinq ou vingt-un ans, est fondée sur l'amour des parents, sur leur raison, sur l'incertitude de celle des enfants, et surtout sur l'autorité de cette magistrature domestique que la loi donne aux père et mère, et qui s'étend en ce point aux aïeuls et aïeules.

Ce n'est point entreprendre sur la liberté des enfants, que de les protéger contre la violence de leurs penchants. Ils ne peuvent, même avec le concours du reste de la famille, ni demander compte du refus que leurs ascendants pourraient faire de consentir à leur mariage (3), ni déférer aux tribunaux les motifs de ce refus, l'amour des père et mère fait présumer ces motifs raisonnables. Les forcer d'en rendre compte à la justice, ce serait remettre au magistrat civil l'inspection que la loi n'a donnée qu'au magistrat domestique, et qu'il est si raisonnable de lui laisser.

547. Il n'en est pas ainsi du conseil de famille qui n'exerce, à l'égard des mineurs de vingt-un ans, qu'une magistrature

(1) *Voy.* Pothier, Du Mariage, n°. 323; D'Aguesseau, tom. III, pag. 69; Boehmer, *de Sponsatione impuberum*, *lib.* 4, *tit.* 2.

(2) *Voy.* Blackstone, Book 1, chap. 15, n°. 3.

(3) Pothier, n°. 332; Préameneu, Exposé des motifs, p. 306: Argum., art. 176.

subsidiaire. Le refus de consentir au mariage pourrait avoir des motifs d'un intérêt personnel aux opposants. Ils doivent donc rendre compte des motifs de leur refus ou de leur opposition, et ces motifs peuvent être déférés aux tribunaux.

548. Lorsque les garçons ont atteint l'âge de vingt-cinq ans, les filles vingt-un ans accomplis, le consentement des père et mère n'est plus pour le mariage d'une nécessité absolue. Mais à tout âge les enfants de famille doivent, avant de contracter mariage, demander par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls ou aïeules, lorsque les père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. (Art. 151.)

Si les enfants qui n'ont pas atteint, les garçons trente, et les filles vingt-cinq ans accomplis, n'obtiennent pas le consentement de leurs ascendants par ce premier acte de respect et de soumission, ils doivent le renouveler deux autres fois, de mois en mois ; et un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage.

Après l'âge de trente ans pour les garçons, et de vingt-cinq ans pour les filles (1), *il pourra être*, à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage. (Art. 153.)

Remarquez que la loi dit : *il pourra être.* Ainsi, après le délai d'un mois, à compter du premier ou du troisième acte respectueux, les ascendants peuvent encore déférer aux tribunaux les motifs de leur refus, en faisant prononcer sur leur opposition.

549. L'acte recpectueux doit être notifié par deux notaires ou par un notaire et deux témoins, et non par un huissier, dont la présence est toujours fâcheuse, parce que son ministère ordinaire est d'exécuter les actes rigoureux de la justice, au lieu que les notaires sont, par état, les dépositaires des secrets de famille.

Il n'est pas nécessaire que l'enfant soit personnellement présent à l'acte respectueux (2), ni que cet acte soit notifié à la

(1) L'art. 153 dit : *Après trente ans.* Mais il est la suite du précédent, qui dit trente ans pour les garçons et 25 ans pour les filles. *Voy.* Préameneu, Exposé des motifs, pag. 306.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 4 novembre 1807. Sirey, an 1808, pag. 57. On appelait autrefois ces actes *sommations* respectueuses. Le Code a évité d'employer l'expression de *sommation* ; mais elle ne vicierait pas l'acte respectueux dans lequel on s'en serait servi, pourvu que d'ailleurs les expressions fussent réellement respectueuses. Même arrêt.

personne de l'ascendant (1), pourvu qu'il le soit à son domicile.

550. Le pouvoir d'exhéréder n'a été donné dans aucun cas (2) aux père et mère par le Code civil. Ainsi le défaut d'acte respectueux ne soumet pas les enfants, comme autrefois, à la peine de l'exhérédation.

Mais il soumet l'officier civil qui a célébré le mariage sans se faire représenter les actes respectueux, à une amende qui ne peut excéder 300 fr., et à un emprisonnement qui ne peut être moindre d'un mois.

551. Tout ce qu'on vient de dire sur la nécessité du consentement des père et mère et de l'acte respectueux, est applicable aux enfants naturels (3) légalement reconnus. (Art. 158.)

L'enfant naturel qui n'est pas légalement reconnu ou qui a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, est obligé, avant l'âge de vingt-un ans révolus, de prendre pour se marier le consentement d'un tuteur *ad hoc*, (4) qui lui est nommé par un conseil composé d'amis et convoqué par le juge de paix.

SECTION VI.

De l'inobservation des formalités prescrites pour la célébration du mariage.

552. Nous verrons dans les chapitres suivants quelles sont ces formalités, et quelles sont celles dont l'inobservation emporte la peine de nullité.

SECTION VII.

Défaut de consentement du Roi au mariage des princes de la famille royale.

553. Le mariage des princes du sang peut influer sur le

(1) L'art. 154 veut que, dans le procès verbal, il soit fait mention *de la réponse*. Il n'en faut pas conclure que l'acte doit être notifié à la personne. On fait mention de la réponse, du refus de répondre, ou de l'impuissance de répondre, résultant de ce que l'ascendant n'a pas été trouvé à son domicile. Il suffit que le refus de répondre ou l'absence de l'ascendant soient mentionnés dans le procès verbal.

(2) *Voy*. Préameneu, Exposé des motifs, pag. 304. Maleville sur l'art. 157. Locré, tom. III, pag. 124 et 125.

(3) *Secùs*, dans l'ancienne jurisprudence. *Voy* Pothier, nº. 342.

(4) Tuteur *ad hoc*, dit le Code; c'est-à-dire, exprès pour consentir au mariage. Si l'enfant naturel avait déjà un tuteur, il faudrait donc qu'il fût autorisé à consentir au mariage.

sort des états. On a donc sagement établi qu'ils ne pourraient se marier sans le consentement du représentant héréditaire de la nation.

Suivant un usage très-ancien en France, les princes du sang royal ne pouvaient contracter mariage sans le consentement du Roi.

On peut voir à ce sujet le savant traité du docteur Launoi, *de Regiâ in matrimonium potestate.*

C'est en vertu de cet usage que le mariage de Gaston, duc d'Orléans, avec la princesse Marguerite de Lorraine, fut déclaré nul par arrêt du mois de septembre 1634.

Cette ancienne loi de la monarchie française doit continuer d'être observée et regardée comme étant encore en pleine vigueur.

SECTION VIII.

De la mort civile.

554. La mort civile empêche non-seulement de contracter un mariage valide, quant aux effets civils, mais elle dissout même aussi, quant aux effets civils seulement, le mariage valablement contracté avant qu'elle fût encourue. (Art. 25.) — *Vid. sup.* n°. 285, page 155.

SECTION IX.

Du crime d'adultère.

555. Les Romains défendaient le mariage entre une femme et son adultère, et déclaraient invalide un pareil mariage (1).

Suivant le droit canonique, autrefois suivi en France sur ce point, l'adultère n'était un empêchement de mariage qu'en deux cas seulement, 1°. lorsqu'il avait été commis avec promesse de s'épouser après la mort de l'époux innocent; 2°. lorsque l'un des coupables avait attenté à la vie de l'époux innocent (2).

Suivant le Code civil, le crime d'adultère est un empêchement de mariage dans un seul cas, lorsque le divorce a été admis en justice pour cause d'adultère. Alors l'époux coupable *ne peut jamais se marier* avec son complice. (Art. 298.)

Cet empêchement est perpétuel, en sorte que l'époux cou-

(1) *Voy.* Pothier, n°. 231.
(2) Pothier, *ubi sup.*; d'Héricourt, lettre G, pag. 82, n°s 80 et suiv.

pable ne peut épouser son complice, même après la mort de l'époux innocent.

Le divorce est aboli par la loi du 8 mai 1816; mais les lois n'ayant point d'effet rétroactif, l'effet produit par le divorce prononcé avant la promulgation de la loi du 8 mai 1816, doit continuer de subsister; ainsi l'époux coupable ne pourrait, même aujourd'hui, épouser son complice, quoique l'époux innocent soit décédé.

Le Code se tait sur le cas où l'époux innocent aurait, au lieu du divorce, obtenu seulement la séparation de corps, pour cause d'adultère. La raison de décider paraît la même. La séparation de corps est le divorce des catholiques. Néanmoins, faute d'une loi précise, on ne peut étendre la prohibition d'un cas à l'autre.

SECTION X.

Du divorce.

Le divorce était, suivant le Code, un empêchement de mariage perpétuel et relatif, ou temporaire et absolu.

556. Il était un empêchement perpétuel et relatif entre les époux divorcés, qui ne pouvaient jamais se réunir par un nouveau mariage, pour quelque cause que le divorce eût été prononcé. (Art. 295.)

Il était un empêchement temporaire et absolu, dans le cas où il avait été prononcé d'un consentement mutuel. Dans ce cas, aucun des deux époux ne pouvait contracter un autre mariage, avec quelque personne que ce fût, pendant les trois années qui suivaient la prononciation du divorce. (Art. 297.)

Le divorce prononcé par consentement mutuel n'ayant aucune cause apparente, on avait craint que les époux n'y fussent déterminés par la perspective d'une union prochaine avec l'objet d'une passion nouvelle.

Quant à la disposition qui défendait aux époux divorcés de se réunir, on la puisa dans les anciennes lois du Mexique, sur la foi de l'historien Solis et de Montesquieu (1).

On prétendit que le divorce ne devait être prononcé que sur la preuve d'une nécessité absolue, et lorsqu'il était bien démontré à la justice que l'union entre les deux époux était impossible, la réunion ne pourrait être qu'une occasion nouvelle de scandale.

On avait craint encore que les époux ne saisissent le moyen

(1) Esprit des lois, liv. 16; Maleville, sur l'art. 295.

d'un divorce simulé pour changer ensuite, en se remariant, les conditions de leur premier mariage qui devaient être irrévocables (1).

Il était facile de prévenir ce dernier inconvénient, en ordonnant, comme dans le cas de la séparation de corps et de biens (Art. 1451), que les époux divorcés ne pourraient, en se réunissant, changer les conditions de leur premier mariage.

Quant à la première raison, si le divorce avait été maintenu, on aurait eu à examiner, lors d'une révision du Code, s'il convient de conserver la loi peut-être incertaine des anciens Mexicains, de préférence aux lois européennes et au droit romain.

Mais si les époux divorcés voulaient aujourd'hui se remarier, comme l'empêchement qui résultait du divorce n'était pas un empêchement dirimant, et comme d'ailleurs la réunion des époux est favorable dans nos mœurs, surtout lorsqu'il existe des enfants, il est à croire que personne ne s'opposerait au mariage.

SECTION XI.

Défaut de consentement du ministre de la guerre ou du conseil d'administration, pour le mariage des militaires.

557. Le décret du 16 juin 1808 défend aux officiers de tout genre en activité de service, de se marier avant d'en avoir obtenu la permission par écrit du ministre de la guerre; et aux sous-officiers et soldats en activité de service, avant d'avoir obtenu la même permission du conseil d'administration de leur corps.

Mais cet empêchement n'est que prohibitif. Le mariage contracté au mépris de cette prohibition serait valide : seulement les officiers qui contreviendraient à cette défense encourraient la destitutiou et la perte de leurs droits, tant pour eux que pour leurs veuves et leurs enfants, à toute pension et récompense militaire.

Et tout officier de l'état civil qui aurait sciemment célébré le mariage d'un officier, sous-officier ou soldat en activité de service, sans s'être fait représenter les permissions requises, ou qui aurait négligé de les joindre à l'acte de célébration du mariage, serait destitué de ses fonctions.

Les dispositions de ce décret ont été, par un autre dé-

(1) Treilhard, Exposé des motifs; tom. II, pag. 339.

cret du 3 août 1808, étendues aux officiers et aspirants de la marine, aux officiers des troupes d'artillerie de la marine, aux officiers du génie maritime, aux administrateurs de la marine, et à tout officier militaire et civil du département de la marine.

Et, par décret du 21 décembre 1808, aux officiers réformés jouissant d'un traitement de réforme. Le motif du décret a été d'empêcher que les officiers ne pussent contracter des mariages inconvenants, susceptibles d'altérer la considération due à leur caractère.

Enfin, par décret du 28 août 1808, les dispositions de celui du 16 juin 1808 ont été étendues aux commissaires ordonnateurs et ordinaires des guerres, et aux adjoints, aux officiers de santé, militaires de toutes classes et de tous grades, aux officiers des bataillons d'équipages, aux sous-officiers et soldats en activité de service des bataillons d'équipages.

SECTION XII.

Du délai que doit observer la femme entre la dissolution d'un premier mariage et la célébration d'un second.

558. Suivant l'art. 228, la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent.

Nous examinerons au chapitre IV si cet empêchement est dirimant, ou simplement prohibitif (1).

SECTION XIII.

De l'engagement dans les ordres sacrés.

SOMMAIRE.

559. Cet engagement était autrefois un empêchement dirimant qui n'existe plus dans l'ordre civil.

560. Cependant le gouvernement, par voie de police, défend aux officiers civils de recevoir le mariage des prêtres qui, depuis le concordat, ont continué ou repris l'exercice de leurs fonctions.

559. L'engagement dans les ordres sacrés était autrefois un empêchement de mariage, et cet empêchement était diri–

(1) Par arrêt du 29 octobre 1811, Sirey, tom. XII, pag. 46, la Cour de cassation a décidé que cet empêchement n'est que prohibitif. *Voy.* ci-après, chap. 4, sect. 2.

mant, principalement dans l'église latine. Le mariage des prêtres, diacres et sous-diacres était nul (1).

Depuis que les nouvelles lois eurent séparé le contrat civil du sacrement de mariage, cet empêchement s'évanouit par rapport au contrat civil. La loi du 20 septembre 1792, ne plaçant pas l'engagement dans les ordres sacrés au nombre des empêchements de mariage, suppose que les prêtres peuvent se marier. La loi ne considérant plus le mariage que comme contrat civil, il faudrait, pour remettre en vigueur la disposition du droit canonique, et les règlements ecclésiastiques qui défendent le mariage aux prêtres catholiques, une loi positive qui n'existe point. Il en résulte que l'engagement dans les ordres sacrés n'est point un empêchement dirimant du mariage dans l'ordre civil.

Ainsi le mariage des prêtres, s'ils en contractaient un, ne serait point nul aux yeux de la loi; il produirait tous les effets civils, et les enfants qui en naîtraient seraient légitimes (2).

560. Cependant ces mariages sont généralement réprouvés par l'opinion : ils ont des dangers pour la sûreté et pour la tranquillité des familles : un prêtre catholique aurait trop de moyens de séduire, s'il pouvait se promettre d'arriver au terme de sa séduction par un mariage légitime (3).

Ces motifs ont porté le gouvernement à défendre par mesure de police, aux officiers de l'état civil, de célébrer le mariage des prêtres « qui, depuis le concordat, se sont mis en » communion avec leur évêque, et ont continué ou repris les » fonctions de leur ministère. On abandonne à leur conscience » ceux d'entre les prêtres qui auraient abdiqué leurs fonctions » avant le concordat, et qui ne les ont plus reprises depuis : » on a pensé avec raison que les mariages de ces derniers » présentaient moins d'inconvénients et moins de scandale. »

Cependant tandis qu'il n'existera point de loi prohibitive, le mariage des prêtres sera valide aux yeux de la loi civile, et les enfants qui en naîtront seront légitimes. Il est peut-être à désirer que le gouvernement fasse régler par une loi positive ce point important, qui a donné lieu à tant de discussions (4).

(1) *Voy.* Van Espen, tom. 1, pag. 581. D'Héricourt et tous les canonistes.

(2) Portalis. Rapport fait au corps législatif, à l'occasion de la loi relative au concordat.

(3) Lettre du ministre des cultes au préfet de la Loire-Inférieure, imprimée dans le Nouveau Répertoire, V°. Mariage, sect. 3, n°. 4; et dans le Recueil de Denevers, 1809, pag. 466 et 470, et dans celui de Sirey, an 1809, 2e part. pag. 389. *Voy.* aussi an 1810, prem. part., pag. 60.

(4) *Voy.* les réflexions de Sirey, tom. IX, 2e. part., pag. 389.

CHAPITRE II.

Des formalités relatives à la célébration du mariage.

Ces formalités sont de deux espèces, les unes doivent précéder, les autres accompagner le mariage.

SECTION PREMIÈRE.

Des formalités qui précèdent le mariage.

Ces formalités sont, 1°. les publications du mariage; 2°. La remise des pièces exigées par la loi.

§. Ier.

Des publications.

SOMMAIRE.

561. Les publications doivent être faites au domicile des parties. Ce qu'on entend par domicile en ce qui concerne le mariage.
562. Elles doivent aussi être faites au domicile de ceux sous la puissance de qui sont les parties relativement au mariage.
563. Ce qu'elles doivent énoncer.
564. Combien il doit en être fait.
565. Il en est dressé acte, dont un extrait est affiché à la porte de la maison commune.
566. Quel délai il faut laisser entre la dernière publication et le mariage.
567. Il faut renouveler les publications, si le mariage n'a pas été célébré dans l'année.
568. On peut obtenir dispense de la deuxième publication, et comment.
569. L'omission des publications n'entraîne pas la nullité du mariage; mais l'officier de l'état civil est soumis à une amende.

561. Les publications sont l'annonce publique du mariage qui doit être contracté. Elles doivent être faites le dimanche par l'officier de l'état civil à la municipalité du domicile des contractants, et devant la porte de la maison commune. (Art. 63 et 166.)

Le domicile, en ce qui concerne le mariage, s'établit par le seul fait d'une habitation continuée pendant six mois dans la même commune (Art. 74), quand même on n'aurait

par l'intention d'y fixer son domicile : il suffit d'y avoir résidé sans interruption, soit pour ses affaires, soit pour tout autre motif. Le militaire même qui aurait demeuré en garnison pendant six mois dans une commune du territoire français, y aurait son domicile relativement au mariage (1).

Mais si le domicile, en ce qui concerne le mariage, s'établit par le seul fait de la résidence, il fait que ce soit la résidence actuelle et dernière. Si, après avoir résidé pendant six mois entiers dans une même commune, un homme la quittait pour aller résider dans une autre où il habiterait depuis peu de temps, ce ne serait pas la précédente résidence qu'il vient de quitter qu'on devrait considérer comme son dernier domicile relativement au mariage, mais son véritable domicile (2).

Le domicile établi par une résidence de six mois n'empêche pas que les publications ne doivent en outre être faites à la municipalité du dernier domicile (Art. 67), c'est-à-dire, du véritable domicile.

562. Si les parties contractantes ou l'une d'elles sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, c'est-à-dire, si elles sont âgées les filles de moins de vingt-un ans accomplis, et les garçons de moins de vingt-cinq, lorsqu'ils ont des ascendants vivants, et de vingt-un ans lorsqu'ils n'en ont point, les publications doivent être faites non-seulement à leurs municipalités respectives, mais encore à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent (Art. 168.), c'est-à-dire, au domicile des ascendants dont le consentement est nécessaire pour le mariage; et s'il n'en existe point, à la municipalité dans laquelle doit être convoqué le conseil de famille, sans le consentement duquel le mariage ne peut être fait.

563. Les publications doivent énoncer,

1°. Les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux.

2°. Leur qualité de majeurs ou de mineurs.

3°. Les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs père et mère.

564. Il doit être fait deux publications à huit jours d'intervalle ; c'est-à-dire, que la seconde doit être faite le dimanche qui suit la première.

(1) Avis du Conseil d'état, approuvé le 4 complémentaire an XIII.
(2) *Voy.* Locré, tom. III, pag. 188 et 189, édit. in-8°.

565. Il est dressé de ces publications un acte qui est inscrit sur un registre particulier qu'on appelle registre des publications et qui doit être coté et paraphé sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplace. Il est déposé à la fin de chaque année au greffe du tribunal de l'arrondissement.

Un extrait de l'acte de publication doit rester affiché à la porte de la maison commune, pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication.

566. Le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication. Ainsi, un mariage dont la seconde publication aurait été faite le dimanche 4 février 1809, ne pourrait être fait au plus tôt que le mercredi 7.

567. Si le mariage n'a pas été célébré *dans l'année*, à compter *de l'expiration du délai des publications* (1), il ne peut être célébré qu'après de nouvelles publications, renouvelées dans la même forme.

Ainsi dans l'exemple proposé, si le mariage n'avait pas été fait au plus tard le 7 février 1810, il faudrait renouveler les publications.

568. On peut obtenir pour des causes graves des dispenses de la seconde publication et non de la première. Cette dispense est accordée au nom du Roi, par le procureur du Roi, dans l'arrondissement duquel les pétitionnaires se proposent de célébrer leur mariage.

Ce magistrat doit rendre compte au grand-juge des causes qui ont donné lieu à la dispense.

Elle est déposée au secrétariat de la commune où le mariage est célébré; le secrétaire en délivre une expédition, dans laquelle il est fait mention du dépôt, et qui demeure annexée à l'acte de célébration (2).

(1) Art. 65. Ces termes de l'art. 65 sont équivoques, mais ils sont une suite de l'art. 64, dont la disposition finale porte : « Le mariage ne pourra être cé» lébré avant le troisième jour, depuis *et non compris* celui de la seconde » publication. » Il paraît donc que ce sont ces trois jours dont parle l'art. 65, sous l'expression du délai des publications; mais alors, comme le mariage doit être fait *dans l'année*, à compter de l'expiration du délai des publications, reste à savoir si le terme *à quo*, le terme du départ se compte. S'il se comptait, le mariage, dans l'exemple proposé, devrait être fait au plus tard le 6 février; s'il était fait le 7, il ne serait plus *dans l'année*, mais hors l'année. Mais il paraît que, comme dans l'article 64, il ne doit pas être compté; ainsi le mariage peut être fait le 7.

(2) Arrêté du gouvernement du 20 prairial an XI, dans le Bulletin de lois.

569. Quelque essentielle que soit la formalité des publications, leur omission n'entraîne point la nullité du mariage (1); mais s'il n'a pas été précédé des deux publications requises, ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses de la seconde, ou si l'intervalle prescrit, soit entre l'une et l'autre publication, soit entre la dernière et la célébration du mariage, n'a pas été observé, le procureur du Roi doit faire prononcer contre l'officier de l'état civil une amende qui ne pourra excéder 300 francs, et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune. (Art. 192.)

§. II.

Des pièces qui doivent être remises à l'officier de l'état civil avant le mariage.

570. Ces pièces sont, 1°. l'acte de naissance de chacun des futurs époux. (Art. 70.) S'il sont dans l'impossibilité de se le procurer, cet acte peut être suppléé par un acte de notoriété, comme nous l'avons dit au titre des actes de l'état civil.

2°. L'acte de consentement de tous ceux dont il est requis; cet acte doit être authentique, et contenir les prénoms, nom, profession et domicile de l'époux auquel ce consentement est nécessaire, ainsi que de tous ceux qui ont concouru à l'acte, et leur degré de parenté.

Si les ascendants dont le consentement est nécessaire sont présents au mariage, leur présence suffit pour constater leur consentement, sans qu'il soit besoin d'en rapporter un acte.

3°. A défaut du consentement des ascendants, les futurs époux doivent représenter les procès verbaux des actes respectueux qui ont été faits.

4°. En cas que les futurs époux ou l'un d'eux ne puissent représenter ni le consentement de leurs ascendants ni les actes respectueux, parce que ces ascendants sont morts ou absents, il faut au premier cas représenter les actes de décès, ou y suppléer de la manière expliquée *sup.* n°s. 359 et suivants; et au second, constater l'absence par la représen-

(1) *Voy.* Locré, tom. III. pag. 408, édition in-8°. D'Aguesseau, tom. III, pag. 80 et suiv.

tation des jugements qui l'ont déclarée ou qui ont ordonné l'enquête, ou enfin par une acte de notoriété dans la forme expliquée au même paragraphe.

5°. Il faut représenter les certificats des publications faites dans les divers domiciles.

6°. La main-levée des oppositions, s'il en a été fait, ou les certificats délivrés par les officiers de l'état civil des communes où il a été fait des publications, attestant qu'il n'existe point d'opposition.

7°. Une expédition authentique des dispenses qui ont pu être accordées.

SECTION II.

Des formalités qui accompagnent le mariage.

SOMMAIRE.

571. Le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des deux époux a son domicile.
572. Devant l'officier civil et publiquement.
573. Formalité de la célébration.
574. Si l'on peut se marier par procureur.
575. Ce qu'on doit énoncer dans l'acte de mariage.
576. Des mariages contractés en pays étrangers.
577. Le Français pourrait épouser une étrangère qui n'aurait pas l'âge prescrit par les lois françaises.
578. Si les mariages contractés par un Français en pays étranger, sont nuls faute de publication.
579. L'acte de célébration du mariage d'un Français en pays étranger, doit être à son retour transcrit sur les registres de l'état civil.
580. Inconvénients qui peuvent résulter du défaut de transcription.

571. Les formalités qui accompagnent le mariage, sont celles de la célébration qui doit être faite dans la commune où l'un des époux a son domicile, c'est-à-dire, où il a fait une résidence continue pendant six mois. (Art. 74.)

Les militaires, même en activité de service, lorsqu'ils se trouvent sur le territoire de France, ne peuvent contracter mariage que devant les officiers de l'état civil des communes où ils ont résidé sans interruption pendant six mois, ou devant l'officier de l'état civil des communes où leurs futures épouses ont acquis leur domicile, et après les publications ordinaires, (1).

(1) Avis du Conseil d'état, approuvé le 4 complémentaire an XIII.

Mais celui que ses affaires ou d'autres motifs avaient forcé de faire une résidence continue pendant six mois dans une commune étrangère, n'est pas privé du droit de célébrer son mariage dans le lieu de son véritable domicile où il est revenu. Il fut reconnu au conseil d'état que la disposition de l'art. 74, qui permet de célébrer le mariage dans le lieu de la simple résidence de six mois, n'est qu'une exception à la règle générale, et qu'on ne perd pas le droit de célébrer son mariage dans le lieu de son domicile, pour avoir acquis le droit de le célébrer ailleurs. (1)

572. La célébration doit être faite devant l'officier de l'état civil, constitué ministre de la loi pour célébrer les mariages. (Art. 75, 165.) Il est le témoin nécessaire de l'engagement des époux, qu'il reçoit au nom de la loi. Il ne suffit pas que la célébration soit faite devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, il faut encore qu'elle soit faite publiquement dans la maison commune. Rien ne doit être caché dans un acte où le public même est intéressé, et qui donne une nouvelle famille à la cité.

Nous verrons au chapitre des nullités quelles sont les conséquences du défaut de publicité du mariage (2).

573. Le jour désigné par les parties, après les délais des publications, en présence de quatre témoins du sexe masculin, âgés de vingt-un ans au moins, parents ou autres choisis par les parties intéressées (art. 37, 75), l'officier de l'état civil (3) fait lecture aux parties des pièces relatives à leur état et aux formalités du mariage, dont la remise a dû lui être faite, et du chapitre 6 du titre du mariage, sur les droits et devoirs respectifs des époux.

Il reçoit ensuite de chacun d'eux, l'un après l'autre, la déclaration qu'ils veulent se prendre pour mari et femme ; il

(1) *Voy.* Locré, édit. in-8°. tom. III, pag. 181-187, *et ibi* Tronchet.

(2) *Voy.* aussi les Questions de droit de Merlin, v°. Inscription hypothécaire, tom. III, pag. 114.

(3) S'il refusait sans motifs valables, il faudrait le traduire devant les tribunaux, sans autorisation préalable du gouvernement. Les maires ne tiennent les registres de l'état civil que par l'effet d'une délégation particulière ; et le conseil d'état, par un avis du 30 nivôse an XII, distinguant en eux deux qualités a décidé que, comme officiers de l'état civil, ils ne sont point agents du gouvernement, et qu'on peut les traduire en jugement sans autorisation préalable ; d'ailleurs, les tribunaux doivent seuls décider de ce qui touche l'état civil. *Voy.* Locré, tom. III, pag. 194 et 195, et tom. II, pag. 53 et 75. Suivant les art. 156 et 192, les peines encourues par les officiers de l'état civil, pour contravention aux dispositions du Code, sont prononcées par les tribunaux, à la diligence du procureur du Roi.

prononce au nom de la loi qu'ils sont unis par le mariage, et il en dresse acte sur-le-champ.

574. La lecture des dispositions du Code sur les droits et devoirs respectifs des époux, que la loi prescrit de faire avant de recevoir leurs engagements, ne peut avoir d'autre but que de leur rappeler l'étendue de ces engagements, ainsi que leurs devoirs, à une époque où ils sont encore libres. Quelques personnes en concluent que le mariage ne peut se faire par procureur; mais la conséquence n'est pas nécessaire, puisque la lecture dont il s'agit n'est point requise sous peine de nullité (1).

575. On doit énoncer dans l'acte de mariage,

« 1°. Les prénoms, noms, professions, âges, lieux de nais-
» sance et domiciles des époux;

» 2°. Les prénoms, noms, professions et domiciles des pè-
» res et mères.

» 3°. Le consentement des pères et mères, aïeuls et aïeu-
» les, et celui de la famille, dans le cas où ils sont requis;

» 4°. Les actes respectueux, s'il en a été fait;

» 5°. Les publications dans les divers domiciles;

» 6°. Les oppositions s'il y en a eu; leur main-levée, ou
» la mention qu'il n'y a point eu d'opposition;

» 7°. La déclaration des contractants de se prendre pour
» époux, et le prononcé de leur union par l'officier public;

» 8°. Les prénoms, noms, âges, professions et domiciles
» des témoins, et leur déclaration s'ils sont parents ou alliés
» des parties; de quel côté et à quel degré. (Art. 76.) »

576. On priverait les Français du droit de se marier en pays étranger, si on les obligeait d'y observer les formes établies en France. Le mariage doit donc alors être contracté selon les formes établies dans le lieu où il est célébré, suivant la règle *locus regit actum*, appliquée aux actes de l'état civil par les articles 47 et 48, et notamment aux mariages, par l'article 170, qui porte: « Le mariage contracté en pays étranger
» entre Français et entre Français et étrangers, sera valable.

» 1°. S'il a été célébré dans les formes usitées dans le
» pays;

» 2°. Pourvu qu'il ait été précédé des publications pres-
» crites par l'art. 63;

(1) Autrefois on pouvait se marier par procureur. *Voy.* Pothier, n°. 367. Il n'existe dans la législation nouvelle aucune loi qui le défende. Dans les conférences tenues au conseil d'état, Buonaparte dit qu'aujourd'hui le mariage n'a lieu qu'entre personnes présentes. *Voy.* Locré, tom. III, pag. 79.

» 3°. Et que le Français n'ait point contrevenu aux dis-» positions contenues au chap. précédent. »

C'est-à-dire, aux conditions requises par le Code pour contracter mariage: car, comme les lois personnelles suivent le Français partout, il en résulte que, même en pays étranger, il est tenu de se conformer aux dispositions des lois françaises, relativement à l'âge des contractants, à leur famille, et aux empêchements du mariage.

577. Mais ce n'est qu'au Français que l'art. 170 impose l'obligation de ne point contrevenir aux conditions requises par le Code pour contracter mariage, et non à l'étranger qui contracterait avec un Français. Si donc le mariage se faisait dans un pays où les filles peuvent se marier à douze ans, le Français pourrait épouser valablement une fille qui n'aurait que cet âge.

578. L'art. 170 exige encore que les mariages contractés en pays étranger aient été précédés des deux publications ordonnées par l'art. 63.

Mais comme ces publications ne sont pas requises sous peine de nullité pour les mariages contractés en France, on ne saurait croire que leur omission entraînât la nullité d'un mariage contracté en pays étranger (1).

Au surplus, la formalité des publications à faire en France des mariages contractés en pays étranger, ne peut concerner que ceux des Français qui n'auraient établi leur domicile actuel chez l'étranger que par six mois de résidence. (Art. 167) (2).

579. Mais dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du royaume, l'acte de célébration du mariage « contracté en pays étranger doit être transcrit sur le regis-» tre public des mariages du lieu de son domicile. »

Ce délai de trois mois n'est point de rigueur, et la transcription peut être faite après son expiration. Il faut même remarquer que, si l'acte n'avait pas été transcrit du vivant des époux, leurs descendants pourraient le faire transcrire.

(1) *Voy.* Delvincourt, Institutes au Droit français, tom. 1, pag. 116, note 2, et pag. 293, note 12. Il doute que le mariage fût valide sans publication. Son doute est fondé sur le texte de l'art. 170, qui porte que le mariage est valable, *pourvu qu'il ait été précédé* par des publications. D'où il conclut que cette disposition fait de ces publications une condition du mariage.

Il nous paraît que cet article n'attache point à l'omission des publications dans ce cas, plus de force que dans les cas ordinaires, c'est-à-dire, dans les cas de mariages faits en France.

(2) *Voy.* Locré, tom. 11, pag. 216 et 217. Delvincourt, *ubi sup.*

C'est ce qui résulte de la rédaction de l'article 171, qui se borne à dire que l'acte sera transcrit, sans expliquer à la diligence de quelle personne. La loi n'a point attaché la peine de nullité à l'omission de cette transcription.

580. Jusqu'à la transcription, le mariage n'étant pas légalement connu en France, les collatéraux des époux qui, en vertu de la vocation de la loi, se seraient ressaisis des biens dépendants des successions des deux époux, pourraient peut-être, en certains cas, être considérés comme possesseurs de bonne foi; en conséquence, il semble qu'ils gagneraient les fruits perçus antérieurement à la demande.

Le défaut de transcription pourrait aussi excuser celui qui aurait contracté, en France, un mariage avec l'un des époux mariés chez l'étranger, parce qu'il serait censé avoir contracté de bonne foi et dans l'ignorance du premier mariage.

CHAPITRE III.

Des oppositions au mariage.

SOMMAIRE.

581. Droit d'opposition autrefois trop étendu, aujourd'hui trop peu.
582. Division du chapitre.
583. Personnes qui peuvent s'opposer et pourquoi; les époux.
584. Les ascendants.
585. Les collatéraux, mais seulement dans les deux cas de minorité ou de démence d'un des futurs; inconvénients de cette limitation.
586. Le tuteur, dans les deux cas précédents, mais autorisé du conseil de famille.
587. Ce que doivent énoncer les actes d'opposition.
588. Leur forme.
589. Dans quel délai elles doivent être jugées.
590. Les opposants qui succombent sont soumis à des dommages et intérêts.
591. Si le procureur du Roi peut former opposition à un mariage.
592. L'officier de l'état civil ne peut célébrer un mariage lorsque les causes d'empêchement lui sont connues, et que la preuve en est acquise.

581. Il vaut mieux prévenir les contraventions que d'avoir à les punir ou à les réparer. De-là le droit de former opposition aux mariages qui seraient près d'être célébrés contre les prohibitions de la loi.

On avait abusé dans l'ancienne jurisprudence du droit de former opposition aux mariages. Beaucoup d'oppositions

avaient été dictées par la vanité, l'ambition ou l'avarice.

Le souvenir de ces abus a influé sur les dispositions du Code à ce sujet. Si le droit de former opposition aux mariages était autrefois trop étendu, il est aujourd'hui extrêmement resserré.

582. Nous examinerons,

1°. Les personnes qui peuvent former opposition aux mariages, et les causes qui peuvent motiver les oppositions;

2°. Les formes de ces oppositions et les conséquences de la violation de ces formes;

3°. Comment les oppositions sont jugées;

4°. A quels dommages et intérêts exposent les oppositions mal fondées.

On n'a point séparé l'indication des personnes qui ont le droit de former des oppositions à un mariage, des causes pour lesquelles on peut en former, parce que ces causes varient et sont plus ou moins restreintes suivant les personnes, et que c'est quelquefois la cause qui donne qualité à la personne de l'opposant, comme dans l'opposition fondée sur l'existence d'un premier mariage.

583. La faculté de s'opposer au mariage appartient,

1°. A l'époux de l'individu qui veut contracter un second mariage avant la dissolution du premier, (Art. 172.)

On ne pouvait refuser à une personne engagée dans un mariage, la faculté de défendre son titre et de réclamer ses droits.

584. 2°. Nous avons vu que le mariage des mineurs est nul, s'ils n'ont pas obtenu le consentement de leurs ascendants, et que ceux-ci ne sont pas tenus de rendre compte des motifs de leur refus.

Les ascendants ont de plus le droit de former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, même après la majorité de ceux-ci, et quelque âge qu'ils puissent avoir atteint.

Le droit des ascendants à cet égard est même illimité; il n'est point restreint à certaines causes particulières. Leur opposition doit toujours être admise, quand même leurs motifs n'y seraient pas énoncés, sauf aux futurs époux à déférer cette opposition aux tribunaux, qui ont le droit de la rejeter s'ils ne la trouvent pas bien fondée, sans néanmoins pouvoir prononcer de dommages et intérêts contre les ascendants.

Mais ce droit d'opposition n'est donné aux ascendants que

graduellement, et à défaut les uns des autres: le père seul peut l'exercer; et à son défaut, c'est-à-dire, s'il est dans l'impossibilité physique ou morale d'agir, la mère seule; à défaut du père et de la mère, les aïeuls; et à défaut d'aïeuls, les aïeules.

585. A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine-germaine de l'un des époux peuvent former opposition au mariage.

Ce droit n'est point accordé aux neveux et nièces, quoique plus proches parents que les cousins et cousines-germaines, parce qu'en droit on considère les oncles ou tantes comme étant avec leurs neveux et nièces dans un rapport qui représente le degré de père et de fils. Or, pour déterminer les degrés qui donneraient le droit de former opposition, on s'est plus arrêté à la nature des rapports qu'à la proximité du degré.

Mais l'opposition du frère et de la sœur, et des autres collatéraux désignés dans l'article 174, ne peut être reçue que dans deux cas seulement, 1°. lorsque le consentement du conseil de famille requis par l'art. 160 n'a pas été obtenu.

2°. Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux. Cette opposition, *dont le tribunal peut prononcer main-levée pure et simple*, ne doit jamais être reçue qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai fixé. (Art. 174.)

Celui sur qui l'opposition est formée, peut se pourvoir de suite en main-levée, et l'opposant ne peut arrêter le cours de l'instance, si la démence paraît supposée et n'être qu'un prétexte; le juge peut d'office faire comparaître la personne prévenue de démence, l'interroger et rejeter l'opposition s'il la trouve mal fondée, en ordonnant qu'on passera outre à la célébration du mariage.

3°. Dans le cas où il serait nécessaire d'examiner à fond si l'allégation de démence est fondée, le juge doit fixer un délai dans lequel l'opposant sera tenu de faire statuer sur l'interdiction.

Il serait peut-être à désirer que, déférant au vœu de la Cour de cassation, on eût étendu le droit d'opposition accordé aux collatéraux aux cas d'empêchement provenant d'un premier mariage subsistant, du défaut d'âge requis par la loi, et même de parenté dans les degrés prohibés; car il vaut mieux appeler les oppositions que d'exposer à des demandes

en nullité. Nous verrons bientôt quels sont les moyens qui restent pour empêcher de pareils mariages.

586. 4°. Dans les deux cas précédents, c'est-à-dire, lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu, ou lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux, le tuteur ou le curateur peut, pendant la durée de la tutelle ou de la curatelle, former opposition au mariage du mineur, pourvu qu'il soit autorisé par un conseil de famille qu'il peut convoquer. (Art. 175.)

587. « Tout acte d'opposition doit énoncer la qualité qui » donne à l'opposant le droit de la former ; contenir élection » de domicile, dans le lieu où le mariage devra être célé- » bré (1), et les motifs de l'opposition ; les ascendants seuls » sont dispensés d'énoncer leurs motifs. Ces trois formali- » tés sont requises à peine de nullité, et d'interdiction de » l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant op- » position. » (Art. 176.)

588. « Les actes d'opposition doivent être signés sur l'o- » riginal et sur la copie par les opposants, ou par leurs fon- » dés de procuration spéciale et authentique ; ils doivent être » signifiés avec la copie de la procuration à la personne ou » au domicile des parties, et à l'officier de l'état civil qui » doit mettre son visa sur l'original. (Art. 66.)

» L'officier de l'état civil doit faire sans délai mention som- » maire des oppositions sur le registre des publications ; il » doit faire aussi mention en marge de l'inscription desdites » oppositions, des jugements ou des actes de main-le- » vée, dont expédition lui aura été remise. (Art. 67.)

» Il ne peut célébrer le mariage avant qu'on lui ait remis » la main-levée de l'opposition, sous peine de 300 fr. d'a- » mende et de tous les dommages et intérêts. » (Art. 68.)

589. L'expérience prouve que les retardements font souvent échouer les mariages. Il est donc prudent d'abréger, pour les demandes en main-levée des oppositions, les délais ordinaires de la procédure : cette matière est regardée comme très-célère. L'art. 177 veut que le tribunal de première instance prononce dans les dix jours sur les demandes en main-levée des oppositions qui, d'ailleurs, ne sont point soumi-

(1) M. Defermont objecta au conseil d'état que, dans l'exécution, cette disposition pourrait rencontrer des difficultés, parce que les opposants peuvent l'ignorer le lieu où le mariage sera célébré. Locré, tom. III, pag. 246.

On lui répondit que les publications l'énoncent ; ce qui n'est pas exact. *Voy.* art. 63.

ses à l'essai de conciliation. (Art. 49 du Code de procédure.)

Le jugement est sujet à l'appel : mais s'il y a appel, il doit être statué dans les dix jours de la citation. (Art. 178.) Il faut remarquer que cet article ne déclare point l'instance périmée, faute d'y être statué dans les dix jours, et que le délai n'est qu'en faveur de ceux qui provoquent le mariage (1).

590. L'art. 179 soumet à des dommages et intérêts ceux qui succombent dans leur opposition, à l'exception des ascendants qui n'y peuvent jamais être condamnés : leur tendresse présumée écarte d'eux tout soupçon de mauvaise foi, et fait excuser leur erreur.

La quotité des dommages et intérêts est abandonnée à la prudence des juges ; elle dépend des circonstances, et surtout du préjudice que l'opposition a pu causer aux parties intéressées : une opposition mal fondée peut faire échouer un mariage. Il existe alors un grand préjudice qu'il faut réparer.

591. On peut être étonné que le Code n'ait pas mis le procureur du Roi au nombre des personnes qui peuvent mettre des oppositions à un mariage, surtout lorsque la violation de l'empêchement qui motiverait l'opposition, devient un délit, comme dans le cas de polygamie ou d'inceste. La loi impose à ce magistrat (Art. 184-190) l'obligation de faire prononcer la nullité de ces mariages, et de faire condamner les deux époux à se séparer. La même obligation lui est imposée à l'égard des mariages contractés avant la puberté. Celui qui a le droit de faire annuler un mariage, ne doit-il pas avoir, à plus forte raison, le droit de s'y opposer ? Ne vaut-il pas mieux prévenir les délits que de les laisser commettre, pour avoir ensuite à les punir ? Un tribunal pourrait-il rejeter l'opposition du ministère public, fondée, par exemple, sur ce que l'un des futurs époux n'a pas acquis l'âge requis par la loi ?

592. Si ce droit de former opposition aux mariages n'est pas donné au ministère public, c'est peut-être parce qu'il peut, parce qu'il doit même, ainsi que toute personne quelconque, dénoncer à l'officier de l'état civil les empêchements qui s'opposent à la célébration d'un mariage proposé, et que cet officier doit refuser de célébrer le mariage, si la preuve de la réalité de l'empêchement lui est acquise.

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 1807. Sirey, an 1808, pag. 57, et suiv.

La loi prononce même contre lui des amendes et d'autres peines plus fortes, telles que l'emprisonnement et la destitution (1), s'il célèbre un mariage sans que les conditions prescrites pour le contracter aient été observées, lorsqu'il a pu avoir connaissance de l'empêchement. S'il n'a pas été prononcé de peine contre lui dans les autres cas, c'est qu'il a pu ignorer les empêchements; mais s'il les a connus, s'ils lui ont été dénoncés, et si les actes nécessaires pour les prouver lui ont été remis, il doit refuser de célébrer le mariage, il s'exposerait même au moins au blâme en le célébrant; car il est du devoir de tout homme public d'empêcher les violations de la loi, en tout ce qui concerne les fonctions dont il est chargé.

Ainsi, par exemple, quoiqu'aucune personne, à l'exception des ascendants, qui sont dispensés de motiver leur opposition, ne puisse en fonder une sur le divorce, sur l'adultère, sur l'inobservation du délai de dix mois depuis la dissolution du premier mariage, dans les cas ci-devant expliqués, si la preuve que ces empêchements existent est remise à l'officier public, par quelque personne que ce soit, même étrangère à la famille, il est de son devoir de se refuser à la célébration du mariage.

Outre la voie d'opposition accordée à un très-petit nombre de personnes, pour empêcher un mariage illégal, il reste donc la voie de remettre à l'officier de l'état civil la preuve de l'existence d'un empêchement légal.

CHAPITRE IV.

De la preuve du mariage, des demandes en nullité des mariages, et de l'effet de la bonne foi dans les mariages, ou du mariage putatif.

593. Ce chapitre, qui contient des dispositions sur la preuve des mariages et sur leur nullité, se divise naturellement en deux sections, l'une de la preuve du mariage, l'autre des demandes en nullité de mariage; et comme l'effet des nullités cesse par la bonne foi des époux, ou de l'un d'eux, nous ajouterons une troisième section sur l'effet de la bonne foi dans les mariages.

(1) Art. 157, 192, 193, Code civil; décret du 11 juin 1808.

SECTION PREMIÈRE.

De la preuve du mariage.

SOMMAIRE.

594. En général, la preuve d'un mariage se tire des registres de l'état civil.
595. La possession d'état ne dispense pas les époux de représenter l'acte de célébration de leur mariage.
596. Les enfants en sont dispensés sous trois conditions; renvoi.
597. Ce que c'est que la possession d'état.
598. Elle sert à corroborer l'acte de célébration du mariage, et à en couvrir les vices.
599. Les époux sont dispensés de représenter cet acte, lorsqu'il n'existe point de registres ou qu'ils sont perdus.
600. Et lorsque la preuve du mariage est acquise par le résultat d'une procédure criminelle.

594. En général, la preuve du mariage se tire des registres publics où est inscrit l'acte de célébration, *et nul ne peut* « réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, » s'il ne représente un acte de célébration, inscrit sur le » registre de l'état civil. » (Art. 194.)

Nous n'adoptons point les principes de la jurisprudence romaine, suivant laquelle la longue cohabitation, l'honneur que le mari avait rendu à celle qu'il disait être sa femme, le brnit public, l'opinion des voisins, paraissaient des preuves suffisantes pour établir l'existence et la certitude des mariages. Le Code exige la représentation d'un acte de célébration.

Cette disposition est conforme à l'article 7 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, qui néanmoins ne restreignait pas aussi impérieusement la preuve des mariages aux registres de l'état civil, que le fait notre article 194, conçu en termes prohibitifs.

595. La règle est si rigoureuse que la possession d'état même ne peut dispenser les prétendus époux de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil (art. 195), non-seulement lorsqu'ils voudraient opposer cette possession à des tiers, mais encore lorsqu'ils voudraient se l'opposer respectivement l'un à l'autre.

Il n'est pas rare de voir dans les grandes villes, des individus qui, sans être mariés, se font, par rapport au ma-

riage, une sorte de possession d'état; quelquefois même ils la corroborent par un contrat de mariage, et surtout par les qualités qu'ils prennent dans les actes.

Ne pas sévir contre eux, ce serait faciliter et autoriser le concubinage. Les époux ne pouvant jamais ignorer où ils se sont mariés, il est juste d'exiger d'eux l'acte même de leur mariage. Ces motifs ne permettent d'admettre aucune exception en faveur des époux.

596. Il n'en est pas ainsi des enfants qui peuvent ignorer le lieu où le mariage de leurs père et mère a été célébré. L'article 197 les dispense de représenter cet acte de célébration, pour prouver leur légitimité, mais il exige trois conditions.

La première, que les deux époux soient décédés;

La seconde, qu'il y ait possession d'état de la part des père et mère;

La troisième, que l'acte de naissance des enfants soit conforme à cette possession.

Nous reviendrons sur cette matière au chapitre des preuves de la filiation des enfants légitimes.

597. On entend en général par possession d'état, la notoriété qui résulte d'une suite non interrompue de faits, tendants à prouver l'état dont une personne a joui dans la société et dans la famille.

Ainsi deux personnes qui ont toujours vécu publiquement comme mari et femme, et qui ont passé pour tels, sans contradiction, ont la possession de l'état de mari et femme.

598. Si cette possession ne suffit pas pour suppléer à l'acte de célébration de mariage, et pour dispenser de le représenter, elle sert à le corroborer et à en couvrir les vices. « Lors-
» qu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du
» mariage devant l'officier civil est représenté (quelque vicieux
» que puisse être cet acte, quand même il ne serait inscrit
» que sur une feuille volante), les époux sont respectivement
» non recevables à demander la nullité de cet acte (Art. 196), »
à l'exception des cas où la loi leur permet expressément de former cette demande; par exemple, dans les cas d'inceste et de bigamie, comme nous le verrons bientôt.

599. Les époux ne sont dispensés de représenter l'acte de leur mariage que dans le seul cas de non existence des registres, prévu par l'art. 46, qui veut que, lorsqu'il est constaté que les registres ont été perdus, ou qu'il n'en a pas existé, les mariages puissent être prouvés, tant par témoins que par les

registres et papiers émanés des pères et mères décédés, comme nous l'avons vu au chapitre VI des actes de l'état civil, *suprà* nº. 346. Il en est de même si les registres sont corrompus ou incomplets, *ibid.*

Mais s'il existe des registres en bonne forme et sans lacune à l'époque où le mariage a dû être célébré, et que les époux prétendent que l'acte de célébration de leur mariage y a été omis, les commencements de preuve par écrit ni les papiers émanés des pères et mères décédés, ne suffiraient pas dans une action intentée au civil, pour faire admettre la preuve testimoniale de la célébration d'un mariage, comme nous l'avons dit au même endroit, nº. 353.

Si l'acte de célébration n'a pas été inscrit sur les registres, c'est une faute que les parties doivent s'imputer. L'officier civil en commet une à la vérité, lorsqu'il oublie ou néglige d'inscrire l'acte de célébration d'un mariage sur son registre ; mais cette faute lui est commune avec les parties contractantes.

600. Cependant, s'il y avait fraude de sa part, par exemple, si au lieu d'inscrire l'acte de célébration sur le registre de l'état civil, il l'avait inscrit sur un autre registre, ou sur des feuilles volantes qu'il eût supprimées; en un mot, s'il avait omis frauduleusement d'inscrire l'acte de célébration sur le registre, cette fraude donnerait aux époux, ainsi qu'à tous ceux qui ont intérêt de faire déclarer le mariage valable, et même au commissaire du gouvernement, le droit de poursuivre criminellement l'officier civil pour crime de suppression d'état. La même action aurait lieu contre ceux qui auraient altéré ou falsifié le registre; et si, par le résultat de cette procédure criminelle, la preuve de la célébration légale du mariage se trouvait acquise, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assurerait au mariage tous les effets civils, à compter du jour de sa célébration. (Art. 198-199.)

Si l'officier civil était décédé lors de la découverte de la fraude, l'action pourrait être dirigée au civil contre les héritiers. Mais dans la crainte d'une collusion possible entre eux et les personnes qui chercheraient à se procurer par ce moyen la preuve de la célébration d'un mariage, le Code veut que l'action ne puisse être suivie que par le procureur du Roi, sur la dénonciation et en présence des parties intéressées. (Art. 200.)

SECTION II.

Des demandes en nullité de mariage.

SOMMAIRE.

601. Les nullités doivent être jugées.
602. Ce que nous avons à examiner relativement aux nullités.
603. Nécessité de rappeler quelques principes supposés par le Code.
604. Quelles personnes peuvent ou ne peuvent pas attaquer un mariage pendant la vie de celui qui l'a contracté.
605. Il faut distinguer les nullités en relatives et absolues.
606. Les nullités absolues se divisent en deux espèces.
607. Les conditions prescrites pour le mariage ont pour objet ou l'intérêt public ou l'intérêt particulier.
608. On examine différemment un mariage encore subsistant et un mariage que la mort a dissous. Motifs de la distinction des nullités absolues en deux espèces.
609. Examen de chaque nullité en particulier, 1°. du défaut de consentement des époux.
610. De la ratification expresse ou tacite en ce cas.
611. Le mineur dont le consentement n'a pas été libre, peut former la demande en nullité, et elle ne peut l'être sans son aveu, ni après sa mort.
612. La nullité qui résulte du défaut de consentement des parents n'est que relative.
613. Quelles personnes peuvent la proposer.
614. Elle ne peut plus l'être quand il y a eu ratification expresse ou tacite.
615. Les mineurs ne peuvent attaquer leur mariage, lorsqu'il s'est écoulé un an depuis qu'ils ont atteint l'âge compétent. Explication de l'art. 183.
616. La ratification tacite a la même force que la ratification expresse.
617. Mais le simple silence n'est pas une ratification, à moins qu'il n'ait duré un an depuis que l'époux a acquis l'âge compétent.
618. La ratification de l'époux ne peut être opposée à ses parents.
619. Et celle des parents peut être opposée à l'époux mineur.
620. Du défaut d'âge requis pour le mariage.
621. Cette nullité est ouverte par le laps de six mois depuis que les époux ont acquis l'âge compétent.
622. Ou s'il y a eu ratification tacite avant l'expiration des six mois.
623. Par qui peut être proposée la nullité résultant du défaut d'âge compétent.
624. Il peut être dû des dommages et intérêts à l'époux dont le mariage est déclaré nul, parce qu'il n'a pas l'âge compétent.
625. Les parents qui ont consenti au mariage d'un impubère, ne peuvent attaquer le mariage.
626. *Quid* des ascendants du pubère qui a épousé une impubère?
627. Des collatéraux ou des enfants d'un premier mariage.
628. Et du ministère public.
629. La nullité d'un mariage entaché du vice de bigamie, est perpétuelle et ineffaçable.

601. Si l'on attaque comme nul un mariage dont la preuve est représentée, il faut en faire juger la nullité; car le mariage n'est jamais nul de plein droit; il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire, une question à décider par le juge, qui doit appliquer le droit au fait. La cause de nullité peut être fausse, la nullité peut être couverte. Le cas même d'un acte faux où l'on supposerait un consentement ou un mariage qui n'a pas existé, doit être déféré à la justice, parce que la foi est due au titre, jusqu'à ce qu'il soit déclaré faux.

Il ne suffit donc pas de prononcer les nullités; il faut qu'elles soient jugées.

Les nullités résultent de l'inobservation des conditions ou

des formalités requises, pour contracter mariage ou pour le célébrer.

Mais cette inobservation n'entraîne pas toujours la nullité du mariage, et lors même qu'il est nul, toutes personnes ne sont pas admises à en proposer la nullité; celles qui y sont admises, ne le sont pas toujours. Le repos des enfants, la tranquillité des familles, le laps de temps et d'autres circonstances peuvent élever des fins de non recevoir assez puissantes pour couvrir les nullités: la bonne foi peut en détruire les effets.

602. Nous avons donc à examiner quelles sont les causes de nullité des mariages, quelles personnes peuvent les proposer, et dans quels temps; combien il y a d'espèces de nullités, et comment elles peuvent être couvertes; quels en sont les effets, comment ils peuvent cesser.

603. Mais auparavant, il faut rappeler quelques principes généraux d'où dérivent la plupart des dispositions de ce chapitre. On proposa même d'insérer ces principes dans le Code; mais le conseil d'état pensa qu'il convenait mieux au législateur de les *supposer*, que de surcharger la loi de définitions et de distinctions dont le développement convient mieux à l'école.

604. D'abord un mariage peut être attaqué ou pendant la vie de celui qui l'a contracté, ou après sa mort (1).

Pendant sa vie, deux sortes de personnes ont seules le droit d'en faire prononcer la nullité. Les unes sont les parties mêmes entre lesquelles ce lien a été formé, ou l'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage. Les autres sont les père et mère, les tuteurs et curateurs autorisés par le conseil de famille. Comme ministres de la loi, comme dépositaires de son pouvoir en tout ce qui regarde la conduite des fils de famille et des mineurs, les parents peuvent venger en même temps et l'offense publique et leur injure particulière.

Mais les collatéraux que la loi n'a point individuellement revêtus de cette espèce de caractère public, qui est une image de la puissance du magistrat, ne peuvent jamais faire entendre leur voix devant le tribunal de la justice, jusqu'à ce que la mort de celui dont ils veulent contester le mariage, ait ouvert la bouche à leurs plaintes.

Ce n'est pas qu'ils acquièrent après sa mort une autorité

(1) D'Aguesseau, tom. v, pag. 68; tom. ii, pag. 169; tom. iii, pag. 150 et 155; tom. iv, pag. 97 et 99.

qu'ils n'ont point eue pendant sa vie ; mais comme l'intérêt des parties est la seule règle qui détermine la capacité qu'elles ont d'intenter une action, on juge qu'ils sont capables d'attaquer son mariage, parce qu'ils ont alors un intérêt sensible à le détruire.

Enfin, le ministère public, ou le procureur du Roi, vengeur né de toutes les offenses faites à la loi, peut et doit, quand elle a été violée dans un point qui blesse l'ordre public, faire prononcer la nullité du mariage.

605. Mais comment ceux qui peuvent attaquer les mariages peuvent-ils user de ce droit? Il faut distinguer.

Il y a deux sortes de nullités : les unes qu'on appelle relatives, parce qu'elles ne sont établies qu'en faveur de certaines personnes, parce qu'elles perdent toute leur force et deviennent impuissantes lorsqu'elles sont proposées par d'autres. Lorsque ces personnes par quelque motif particulier ne sont plus en état de les proposer, le mariage est comme validé (1) ; non qu'il soit exempt de vice, mais par le défaut de droit dans ceux qui voudraient le faire annuler. *Non jure proprio, sed defectu juris alieni.*

On en trouve des exemples dans un père qui a approuvé un mariage, ou expressément ou par un long silence.

Il y a d'autres nullités qu'on appelle absolues, parce qu'elles peuvent être proposées par tous ceux qui ont intérêt d'attaquer le mariage.

606. Mais il ne faut pas croire, comme le mot semble l'indiquer, que rien n'est capable d'effacer le vice des mariages où il se rencontre des nullités absolues.

Ces nullités se subdivisent en deux espèces.

Les unes sont irréparables ; elles sont absolues dans toute la force du terme.

Les autres, de même que les nullités relatives, peuvent être couvertes par le temps, par la possession, par la naissance des enfants, par l'approbation expresse ou tacite des parties intéressées à les faire valoir.

Si la majesté des lois semble exiger qu'elles soient observées à la rigueur, que l'on déclare nuls les mariages contraires à leurs dispositions, qu'on assure leur autorité par des exemples, le but même que les lois se proposent, qui est la tranquillité publique et le repos des familles, s'oppose à ce qu'on rompe un mariage paisible pour le simple dé-

(1) D'Aguesseau, tom. III, pag. 150.

faut de conditions qui ne sont pas essentielles, ou qui peuvent être réparées.

607. Il existe une grande différence entre les conditions prescrites pour contracter mariage.

Les unes ont pour objet direct et principal l'intérêt public et le maintien du bon ordre. Elles sont pour tous les lieux, pour tous les temps, pour toutes les personnes; leur omission ne peut être réparée ni couverte.

Les autres ont pour objet principal l'intérêt particulier, soit des contractants, soit des tiers. Elles ne sont nécessaires qu'en certains temps, à l'égard de certaines personnes et dans certaines circonstances. Elles sont plutôt des précautions salutaires que des conditions essentielles, et quoique la loi puisse déclarer un mariage nul dans son principe, par le défaut de ces conditions qu'elle établit, leur omission peut néanmoins être couverte ou réparée. Ce qui était nul dans son principe, se ratifie par la suite, et l'on n'applique point au mariage la règle Catonienne qui n'a lieu que dans les testaments. *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (1).

Les fins de non recevoir ont donc lieu en matière de mariage, et surtout après la mort des conjoints.

608. Il y a bien de la différence entre examiner un mariage qui subsiste encore, et un mariage que la mort a dissous.

Dans le premier cas, on ne peut apporter trop de précautions pour discuter les nullités, parce qu'il est encore temps de les réparer; on s'arrête donc difficilement aux fins de non recevoir.

Mais quand la mort a rendu toute réhabilitation impossible, et qu'il ne s'agit plus que de l'état d'un des conjoints, et surtout des enfants, les fins de non recevoir ont plus de poids, elles sont plus facilement admises.

Quand on voit d'un côté un mariage confirmé par une possession tranquille, suivi de la naissance de plusieurs enfants, dont la mort seule a interrompu le cours, sans que jamais le mari ou la femme, leurs pères ou mères aient fait la moindre démarche pour en rompre les nœuds; et que, d'un autre côté, on voit des collatéraux avides et intéressés venir, après la mort de l'un ou de l'autre des époux, troubler le repos de ses cendres, et attaquer un mariage qui a subsisté

(1) D'Aguesseau, tom. II, pag. 171; tom. III, pag. 150, tom. IV, pag. 99.

pendant long-temps aux yeux de la famille et du public, et qu'ils ont peut-être eux-mêmes approuvé par leur conduite, la justice alors rejette leurs plaintes avares avec une juste indignation, et leur impose un silence perpétuel, en les déclarant non recevables.

Tels sont les motifs et l'origine de la distinction des nullités absolues en deux espèces.

Rien ne saurait couvrir les unes ; telle est la nullité qui résulte de l'inceste, de la bigamie, et il y aurait au contraire plus de scandale à faire valoir les autres qu'à les dissimuler ; il y aurait un mal réel à troubler la paix des ménages et des familles pour de simples omissions de forme.

Les nullités mêmes dont le vice ne peut être couvert, telles que celles qui résultent de l'inceste, la bigamie, etc., peuvent perdre leur effet par la bonne foi des contractants ou de l'un d'eux, lorsqu'un mariage a été contracté dans l'ignorance des vices qui le font déclarer nul. Quant aux nullités relatives, elles peuvent toutes être couvertes par le temps, ou par l'approbation expresse ou tacite des parties intéressées à les faire valoir.

609. Après avoir établi la théorie de la matière, nous allons parcourir les différentes espèces de nullités, et voir quand et par qui chacune d'elles peut être proposée.

1°. La nullité qui résulte du défaut de consentement des deux époux, ou de l'un d'eux, est une nullité relative qui ne peut être proposée que par les époux, ou par celui dont le consentement n'a pas été libre, ou qui a été induit en erreur. (Art. 180.)

Car celui qu'on suppose violenté ou trompé peut seul juger s'il y a réellement eu erreur ou violence, ou si un acquiescement postérieur de sa part n'a point effacé le vice qui avait infecté le consentement dans son principe ; car ce qu'on a fait d'abord par contrainte ou par erreur, on peut dans la suite le ratifier par raison ou par choix.

Il suffit même d'une ratification tacite, qui est présumée de droit toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté, ou que l'erreur a été par lui reconnue.

610. Le vice du consentement ne peut être effacé pendant que dure l'erreur ou la violence. Ce n'est qu'après qu'elles ont cessé que le mariage peut être ratifié, soit expressément, soit tacitement.

La ratification expresse produit son effet de suite, et du

moment qu'elle est faite : le vice originaire est effacé, et le mariage devient inattaquable.

Mais la ratification tacite qui résulte de la cohabitation a paru équivoque. Le Code exige par cette raison, non-seulement qu'elle soit continuée, mais qu'elle le soit pendant six mois : ce n'est qu'après ce délai, que la demande en nullité n'est plus recevable. La survenance même d'un enfant arrivée avant son expiration, n'équivaudrait point à une ratification expresse, car il serait censé conçu avant la cessation de la violence ou de l'erreur. Ainsi, *quoiqu'il soit légitime* (1), son existence n'est pas une preuve que l'époux violenté ou trompé ait expressément ratifié le mariage. Elle ne serait pas une fin de non recevoir contre la demande en nullité formée dans les six mois (2).

611. Au reste, le droit de former cette demande appartient à l'époux mineur aussi bien qu'au majeur (3) ; mais il n'appartient qu'à lui seul : ses père, mère, aïeuls ou aïeules, ne pourraient la former (4) ; et s'il meurt avant de l'avoir formée, quoique encore mineur, dans le délai de six mois, son droit ne passe point à ses héritiers (5). Si la partie trompée ou violentée peut seule juger, s'il y a eu violence ou erreur, et savoir si ce vice primitif n'a pas été effacé par un consentement postérieur, on ne peut écouter ses héritiers, lorsqu'elle est morte sans réclamer.

612. 2°. La nullité qui résulte du défaut de consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, dans le cas où ce consentement est nécessaire, est aussi une nullité relative, qui ne peut être proposée que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement. (Art. 182.)

613. Il résulte de cet article que c'est l'ascendant dont le consentement était requis, au moment où le mariage a été contracté, qui peut seul, à l'exclusion de tous les autres,

(1) Cambacérès, dans Locré, tom. III, pag. 317, édit. in-8°.

(2) Ainsi décidé deux fois par le Conseil d'état, *ibid.*; et cette décision est conforme aux principes.

(3) Cela résulte de l'art. 181, dont la rédaction fut même changée exprès. Locré, *ibid.*, pag. 310.

(4) C'est ce qui résulte du changement de rédaction fait au Conseil d'état. La première rédaction portait que la nullité pourrait être invoquée, soit par les époux, *soit par leurs père, mère, aïeul ou aïeule :* cette phrase fut supprimée. Locré, tom. III, pag. 305.

(5) Art. 180-184. Locré, pag. 307.

proposer la nullité. Cet ascendant venant à mourir avant de l'avoir proposée, son droit ne passe point aux autres, qui n'ont point à venger l'injure faite à leur autorité méprisée.

Il en résulte encore qu'aucun des collatéraux n'a individuellement le droit de proposer la nullité ; ce droit n'appartient qu'au conseil de famille : le tuteur même n'a pas ce droit, si ce n'est comme délégué de la famille, et comme exécuteur de sa délibération.

Si l'époux venait à décéder avant que le conseil de famille eût pris sa délibération, la demande en nullité ne pourrait plus être formée en son nom ; car un individu mort n'a plus ni conseil de famille, ni tuteur : il paraît donc qu'en ce cas le décès du mineur couvre la nullité.

L'indifférence des ascendants ou de la famille, ne doit pas priver du bénéfice de la loi celui des deux époux qui avait besoin de leur consentement. Si les plaintes d'un mineur qui a été surpris dans une convention peu importante sont écoutées favorablement, on doit, à plus forte raison, lui accorder la même faveur, lorsqu'il demande à être restitué contre l'aliénation qu'il a faite de tous ses biens et de sa personne (1).

Tel est le motif de la demande en nullité que le Code l'autorise à former. (Art. 182.)

614. Mais l'action en nullité ne peut être intentée lorsque le mariage a été approuvé ou ratifié, soit expressément, soit tacitement, par les parents dont le consentement était requis, art. 183 ; car la ratification tacite, pourvu qu'elle soit certaine, a les mêmes effets et la même force que la ratification expresse.

Elle est expresse, quand elle est consignée dans des actes publics ou même privés, qui ont pour objet d'approuver le mariage.

Elle est tacite, lorsqu'elle résulte d'actions ou même d'écrits qui supposent nécessairement l'approbation du mariage ; par exemple, lorsqu'un père, pardonnant l'injure faite à son autorité reçoit dans sa maison son gendre ou sa bru, les traite comme ses enfants, et leur donne ce nom, soit dans la famille et dans les sociétés, soit dans les lettres qu'il leur écrit, soit lorsqu'il a souscrit l'acte de naissance d'un enfant né de ce mariage (2).

615. Les mineurs ne peuvent, suivant l'art. 185, attaquer

(1) D'Aguesseau, tom. II, pag. 462.

(2) Ainsi jugé dans le cas d'un enfant dont le grand-père avait été parrain. Pothier, du Mariage, n° 446.

leur mariage contracté contre le gré de ceux dont ils devaient obtenir le consentement, lorsqu'il s'est écoulé une année depuis qu'ils ont atteint l'âge compétent *pour consentir par eux-mêmes au mariage*. Façon de parler qui peut paraître équivoque à l'égard des garçons; car, suivant l'art. 160, lorsqu'ils n'ont point d'ascendants, ils sont capables de consentir par eux-mêmes au mariage à l'âge de vingt-un ans accomplis; au contraire, s'ils ont des ascendants, ils ne peuvent, sans leur consentement, contracter valablement mariage avant vingt-cinq ans, suivant l'art. 148. On peut donc demander si l'âge auquel les garçons peuvent attaquer leur mariage, varie suivant qu'ils ont ou qu'il n'ont pas d'ascendants.

La raison de douter est que le prolongement de la minorité dans les garçons jusqu'à vingt-cinq ans, à l'égard du mariage, ne paraît relatif qu'à l'intérêt des ascendants, puisqu'aussitôt qu'ils sont morts, les garçons peuvent se marier à vingt-un ans : ajoutez que la ratification de l'époux ne peut être opposée qu'à lui seul et nullement à ses ascendants. Ce ne serait donc qu'en invoquant le droit des tiers qu'il pourrait attaquer son mariage, malgré la ratification qu'il aurait faite après vingt-un ans.

D'un autre côté, on peut dire que, si tel était le sens de l'art. 183, il eût été plus court de dire simplement que l'action en nullité ne peut plus être intentée après le silence d'une année, depuis que l'époux a atteint vingt-un ans accomplis; et qu'en disant depuis qu'il a atteint l'âge compétent *pour consentir par lui-même au mariage*, on est censé renvoyer à l'art. 148, aussi bien qu'à l'art 160; d'où résulterait que le mari pourrait attaquer, jusqu'à vingt-six ans, le mariage contracté sans l'aveu de ses ascendants. Nous ne saurions croire que telle ait été l'intention du législateur, ni que ce soit le sens de l'art. 183.

616. La ratification tacite de l'époux mineur, parvenu à sa majorité, a la même force que la ratification expresse, pourvu qu'elle soit certaine et non équivoque. On ne peut appliquer à ce cas ce que nous avons dit concernant la ratification du mariage contracté par contrainte ou par erreur, à l'égard duquel la cohabitation, quoique postérieure à l'époque où l'époux a acquis sa liberté ou découvert l'erreur, a paru un signe équivoque de ratification, à moins qu'elle ne soit continuée pendant six mois.

Dans le cas du mariage contracté en minorité, on suit la règle générale, suivant laquelle le mineur n'est plus rece-

vable à revenir contre l'engagement qu'il a pris, lorsqu'il l'a ratifié en majorité (art. 1311) et au défaut d'acte de ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement à l'époque où elle pouvait être valablement ratifiée.

Ainsi la cohabitation volontaire, depuis la majorité, serait considérée comme une ratification du mariage contracté en minorité, et formerait une fin de non recevoir contre l'époux qui voudrait l'attaquer; autrement il faudrait dire que la naissance d'un enfant, dix mois après la majorité de l'époux, ne l'empêcherait pas de former la demande en nullité du mariage contracté en minorité, ce qui serait absurde.

617. Mais le simple silence que l'époux garde depuis sa majorité, lorsque d'ailleurs il n'a fait aucun acte qui suppose l'approbation de son mariage, ne suffit pas pour en opérer la ratification, s'il a duré moins d'une année. C'est dans ce sens que l'art. 183 dit que l'époux n'est plus recevable à intenter l'action en nullité, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation, depuis qu'il a atteint l'âge compétent. Un silence aussi long-temps prolongé équivaut à une approbation.

618. La ratification de l'époux devenu majeur, ne peut être opposée aux parents dont l'autorité a été méprisée. Il en est résulté pour eux un droit que le fait seul de l'époux ne peut leur ôter. Ils ne sont privés de l'exercer que lorsqu'ils ont expressément ou tacitement approuvé le mariage, ou bien lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage.

619. Au contraire, l'approbation de ceux dont le consentement était nécessaire au mariage, peut être opposée aux époux, et les rend non recevables à attaquer le mariage contracté en minorité, parce qu'au moyen de cette approbation, il n'existe plus aucun vice dans le mariage.

620. Quoique l'article 184 rassemble dans une seule disposition les trois nullités qui résultent du défaut d'âge, d'un premier mariage subsistant, de la parenté ou de l'affinité, il y a néanmoins de grandes différences entre elles; la première est temporaire de sa nature; il n'en est pas ainsi des deux autres.

La prohibition du mariage, avant l'âge fixé par la loi, n'est qu'une précaution sage, nécessaire pour empêcher les individus de se nuire à eux-mêmes et à leur postérité par des unions prématurées; elle est fondée sur la présomption qu'ils n'ont point encore atteint l'âge fixé par la nature.

Si la réalité dément la présomption, l'objet de la loi est rempli ; la cause qui produirait la nullité ne subsistant plus, l'effet ne doit pas survivre à la cause; ainsi la demande en nullité n'est pas recevable, lorsque la femme qui n'avait point l'âge requis, a conçu avant l'époque fixée pour la réclamation. (Art. 185.)

Il est à remarquer que c'est à ce seul cas que l'article 185 limite cette fin de non recevoir. On ne peut donc pas l'étendre au cas où la femme pubère, mariée à un impubère, a conçu avant l'époque fixée par la réclamation : le projet de Code, rédigé par la commission, n'avait pas fait cette distinction. La généralité de sa disposition étendait la fin de non recevoir à ce dernier cas aussi bien qu'au premier ; mais on craignit d'ouvrir à la femme pubère le moyen de maintenir par un crime le mariage illégal contracté avec un mari impubère : et voilà pourquoi l'art. 185 n'admet l'exception pour cause de grossesse, que dans le cas où la femme devenue enceinte est celle qui, au moment du mariage, n'avait pas atteint l'âge compétent.

Mais il n'exige point que la femme ait conçu avant la réclamation ; il suffit que la conception survienne dans le délai donné pour former la demande en nullité, quand même elle surviendrait pendant la litispendance (1).

Le projet de Code portait que la demande en nullité du mariage n'est pas recevable « lorsque la femme aura conçu » avant l'époque de la réclamation. »

L'article 185 porte, au contraire : « Lorsque la femme » qui n'avait point l'âge compétent a conçu *avant l'échéance* » de six mois » depuis qu'elle et son mari, s'il était aussi

(1) Locré, tom. III, pag. 379. Cette fin de non recevoir peut rendre inutile la demande en nullité formée par les ascendants ou par le ministère public. L'épouse impubère pourra toujours soutenir qu'elle est enceinte ; et les juges ne pourraient, pour vérifier son allégation, ordonner qu'elle serait visitée : cette mesure répugnerait à la décence et à nos mœurs.

Ordonnerait-on que l'épouse qui se dit enceinte sera provisoirement séparée de son mari, pour prononcer définitivement, après dix mois révolus, sur la demande en nullité? Par argument des art. 228 et 315.

Il semble difficile d'admettre une séparation provisoire des deux époux qui sont d'accord, uniquement pour s'assurer si le motif de les séparer, et de prononcer la nullité de leur mariage, est encore existant.

Cependant, cette mesure de séparation provisoire paraît conforme à la lettre de l'art. 190, qui ordonne au procureur du Roi de demander la nullité du mariage, et de faire condamner les époux à se séparer. Elle est aussi conforme à l'esprit des dispositions du Code, qui n'a défendu le mariage avant l'âge fixé par la loi, que pour empêcher les individus de détruire leur santé par des unions prématurées.

impubère lors du mariage, ont atteint l'âge compétent.

621. Car, suivant le même article, « le mariage con-
» tracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge re-
» quis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge,
» ne peut plus être attaqué, lorsqu'il s'est écoulé six mois
» depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge com-
» pétent. »

622. Mais si avant l'expiration de ce délai, l'époux devenu pubère avait ratifié le mariage par une approbation expresse ou tacite ; par exemple, par la continuation, de la cohabitation, le mariage ne pourrait plus être attaqué. Il en résulte alors un nouveau consentement tacite que les parties donnent à leur mariage dans un temps où elles sont devenues capables de le contracter. *Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, cùm apud virum explesset duodecim annos.* L. 4. ff. de R. N.

Si, au contraire il n'existe aucune ratification, ni expresse ni tacite; par exemple, si les époux se sont séparés sans s'être réunis depuis la puberté survenue, c'est alors que le Code donne un délai de six mois pour former la demande en nullité.

623. Suivant l'art. 184, elle peut l'être, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.

Cet article ne fait aucune distinction entre les époux. Ainsi la demande en nullité est admise, même de la part de celui des époux qui avait, au moment du mariage, l'âge requis pour le contracter.

Le projet de Code en avait même une disposition spéciale, qu'on ne retrouve pas à la vérité dans le Code. Mais on a rédigé l'art. 134 dans les termes les plus généraux, en donnant le droit de proposer la nullité, non-seulement aux deux époux sans distinction, mais encore à tous ceux *qui y ont intérêt :* expressions qui comprennent l'autre époux.

624. Le projet de Code ajoutait, sauf les dommages et intérêts qui peuvent être dus à l'autre époux. Cette disposition, qui n'a point été rejetée, est fondée sur l'équité. Si la simple inexécution d'une promesse de mariage peut soumettre à des dommages et intérêts celui qui refuse de l'accomplir, on doit à plus forte raison y condamner le mari qui, par inconstance ou légèreté, provoque la nullité du mariage qu'il a contracté avec une fille impubère.

625. Il est évident que les ascendants, et même le tuteur,

autorisés par le conseil de famille de l'époux qui s'est marié avant l'âge requis, peuvent attaquer le mariage contracté sans leur consentement : il se rencontre en ce cas deux causes de nullité. Mais s'ils y ont consenti, ils ne sont plus recevables à proposer la nullité résultant du défaut d'âge. (Art. 186.)

626. Quant aux ascendants de l'époux pubère, qui a épousé une impubère, il n'existe dans le Code aucune disposition qui les autorise à attaquer le mariage. Le projet de Code les y autorisait formellement ; mais la section de législation proposa au conseil d'état une rédaction (1) qui n'autorisait les ascendants à demander la nullité du mariage, que dans les cas où il a été contracté avant la dissolution d'un premier, ou entre parents ou alliés aux degrés prohibés. Ce silence, gardé sur les mariages contractés avant l'âge requis, semblait refuser aux ascendants le droit de les attaquer.

Mais cette rédaction ne fut point adoptée, et le conseil se réduisit à la formule générale de l'art. 184 : « Le mariage » peut être attaqué par tous ceux qui y ont intérêt. » Expressions sous lesquelles il est difficile de comprendre les ascendants de l'époux majeur qui a épousé une impubère, quand on les compare avec celles de l'article 191, qui met nominativement les ascendants au nombre de ceux qui peuvent attaquer un mariage clandestin, quoiqu'il donne aussi ce droit à tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel.

627. Quant aux héritiers collatéraux des époux et aux enfants que l'un d'eux pourrait avoir d'un précédent mariage, ils ne peuvent, suivant l'article 187, former l'action en nullité du vivant des deux époux, mais seulement après que l'un d'eux est mort, parce que c'est alors seulement que les héritiers ont un intérêt né et naturel de faire prononcer la nullité du mariage. Mais, suivant l'art. 186, ils seraient non recevables dans leur demande s'ils avaient consenti au mariage ; et il semble que sa disposition doit s'appliquer au cas d'une simple approbation, soit expresse, soit tacite, et qu'il ne faut pas faire à cette espèce l'application d'un arrêt du 1er août 1707, rapporté dans le journal des audiences (2), qui jugea que l'approbation donnée à un mariage du vivant des deux époux par les parents collatéraux, ne pouvait élever contre ces derniers une fin de non rece-

(1) *Voy.* Locré, tom. III, pag. 358, édit. in-8°.
(2) Et dans Pothier, Traité du mariage, n°. 448.

voir lorsqu'ils voulaient, après la dissolution du mariage, intenter l'action en nullité, parce qu'ils n'avaient aucun droit de critiquer, ni même d'examiner le mariage pendant que leur parent était vivant, et que l'approbation donnée à un acte ne rend non recevable à l'attaquer, que lorsqu'elle est donnée dans un temps où le droit de l'attaquer était ouvert.

628. Le mariage contracté avant l'âge requis peut encore être attaqué du vivant des époux par le ministère public. L'art. 190 lui en fait même un devoir; car, dans l'esprit du Code, cet empêchement est fondé sur des motifs d'intérêt public en général. Mais l'action du ministère public n'est plus reçue lorsque la femme a conçu avant l'âge requis, ni lorsque les époux ont atteint cet âge, ni enfin si l'un des deux est mort avant l'action; car l'art. 190 réduit le ministère public à agir du vivant des époux. C'est une règle générale que, lorsqu'une action en nullité n'est accordée que pour l'intérêt des mœurs et de l'ordre public, elle doit être exercée pendant la durée du mariage; elle est éteinte et prohibée après sa dissolution, puisqu'elle devient sans objet (1).

629. 4°. A la différence de la nullité qui résulte du défaut d'âge requis, celle qui résulte du lien d'un premier mariage subsistant, est perpétuelle; elle ne s'efface ni par le laps du temps, ni par aucune ratification expresse ou tacite, même après que le bigame est affranchi du premier engagement, qui seul formait obstacle au second mariage.

Les doubles mariages blessent essentiellement les mœurs et l'ordre public. Les motifs qui les ont fait défendre, obligent à se reporter toujours au principe de ces unions scandaleuses. L'espoir que la mort de l'époux délaissé pourrait dans la suite les rendre valables, serait un encouragement à les former. Cet espoir serait déjà criminel, et pourrait conduire à des crimes plus grands. Aussi hors le cas dont parle l'art. 139, d'une union contractée pendant l'absence du premier conjoint, de qui l'existence était incertaine, on ne trouve dans le Code aucune fin de non recevoir, par laquelle on puisse écarter la demande en nullité, formée contre un mariage contracté avant la dissolution du premier.

630. On peut pourtant observer que la condition des enfants nés avant ou depuis cette dissolution, est bien différente.

(1) *Voy.* Locré, tom. III, pag. 388, 391 et 395.

Les premiers sont des enfants adultérins qui (hors le cas de bonne foi de l'autre époux, dont nous parlerons bientôt), sont condamnés à une illégitimité ineffaçable, et ne peuvent jamais, soit à titre de donation ou autrement, prétendre à aucune partie des biens de leurs père et mère, mais seulement aux aliments que leur qualité d'hommes ne permet pas de leur refuser.

631. Au contraire, les enfants nés depuis la dissolution du premier mariage peuvent être reconnus par leurs père et mère, et même prétendre à une portion des biens de leur succession ; ils peuvent aussi être légitimés par un mariage subséquent.

Car l'adultère, suivant le Code, n'étant un empêchement de mariage entre les deux coupables, que dans le seul cas où le divorce a été prononcé pour cause d'adultère (Art. 298), il n'est pas défendu aux individus qui avaient contracté un mariage nul, avant la dissolution du premier, de se remarier légalement après sa dissolution.

632. La nullité, suivant l'art. 184, peut être proposée, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.

Cet article ne distingue point entre les époux ; ainsi l'époux bigame peut aussi bien que l'autre invoquer la nullité du mariage qu'il se repent d'avoir contracté contre la prohibition des lois.

Il faut toujours excepter le cas du second mariage contracté pendant l'absence du premier conjoint, car suivant l'art. 139, l'époux absent est seul recevable à attaquer ce mariage ; le ministère public même n'en aurait pas le droit.

633. Le projet de Code civil donnait aux ascendants des époux le droit d'attaquer le second mariage contracté avant la dissolution du premier. La section de législation du conseil d'état proposa une rédaction différente, mais qui leur donnait le même droit. Cette rédaction fut même adoptée; mais elle fut dans la suite retranchée, et l'art. 184 se borne à dire en général, *que le mariage peut être attaqué par tous ceux qui y ont intérêt* ; et comme rien n'indique pourquoi cette rédaction fut substituée aux précédentes, on ne peut voir dans ce texte si la loi a voulu comprendre les ascendants dans la classe de ceux qui ont intérêt d'attaquer le mariage. On est porté à croire qu'elle ne l'a pas voulu, si l'on compare cet article avec l'art. 190, qui comprend nominativement les ascendants au nombre de ceux qui peuvent attaquer un ma-

riage clandestin, quoiqu'il donne aussi ce droit à tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel. En tous cas, ce droit n'appartiendrait pas à tous les ascendants concurremment, mais graduellement, et à défaut les uns des autres, comme le droit d'opposition. (*Voyez sup.* n°. 584.)

Quoi qu'il en soit, la question de savoir si les ascendants peuvent ou non attaquer de pareils mariages n'est pas très-importante, puisqu'il leur reste un autre moyen de retirer leurs enfants d'un mariage incestueux ou entaché de bigamie, en mettant en mouvement le ministère public, qui est obligé d'agir aussitôt que les faits lui sont déférés.

634. L'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage, peut en demander la nullité du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui. (Art. 188, 139.)

635. Le ministère public peut et doit proposer cette nullité, et faire condamner les époux à se séparer; mais il ne peut la proposer, suivant l'art. 190, que du vivant des deux époux. Il ne peut plus agir lorsque la dissolution du mariage a mis fin au scandale, et que les époux sont séparés par la mort. L'objet de son action a cessé.

Le ministère public ne peut aussi, comme nous l'avons dit, attaquer le mariage contracté pendant l'absence de l'autre époux.

636. Les héritiers collatéraux et les enfants issus d'un autre mariage, ne peuvent, du vivant des deux époux, attaquer le second mariage contracté avant la dissolution du premier; ils ne le peuvent qu'après la mort de l'un des époux, parce que c'est alors seulement qu'ils ont un intérêt actuel de le faire déclarer nul. (Art. 187.) Si les ascendants étaient au nombre des héritiers de l'un des époux, ils auraient également en cette qualité le droit d'attaquer le mariage.

637. Dans tous les cas où le mariage est attaqué pour vice de bigamie, si la nullité du premier mariage est opposée, elle doit être préalablement jugée (Art. 189), parce que si le premier mariage était nul, il ne pourrait produire aucun effet, il n'y aurait point de bigamie, et le second mariage seul serait valide (1).

638. 5°. La nullité qui résulte de l'inceste, lorsque le mariage est contracté dans les degrés prohibés de parenté, ou d'affinité, est aussi une nullité absolue et perpétuelle, puisque les liens de la parenté durent autant que ceux qu'ils unissent.

(1) *Voy. sup.*, n°. 530, pag. 267.

Néanmoins la section de législation avait proposé au conseil d'état une distinction qui paraît fort raisonnable. Sa rédaction ne donnait le droit d'attaquer le mariage, soit aux époux, soit aux ascendants, soit même au ministère public, que dans le cas seulement où il n'échoit pas d'accorder des dispenses ; mais cette distinction a été rejetée par l'article 184, qui ne limite point le droit d'attaquer le mariage au cas où il a été contracté dans les degrés auxquels on n'accorde point de dispenses.

Du reste, ce que nous avons dit sur les personnes qui peuvent attaquer les mariages pour vice de bigamie, s'applique aux mariages incestueux.

639. Il faut y ajouter une observation commune à ces sortes de mariages; c'est que le consentement des parents n'en peut couvrir le vice, ni les rendre non recevables à les attaquer. Cette fin de non recevoir n'est établie par l'art. 186 qu'à l'égard des mariages contractés avant l'âge requis dont le défaut n'est qu'un empêchement temporaire.

640. Ce ne sont point les cérémonies, c'est la foi et le consentement des parties qui font le mariage; mais il importe à la société, aux familles et aux époux que ce consentement soit donné dans une forme solennelle et régulière. La nullité qui résulte de l'omission des formalités requises pour la célébration du mariage est donc une nullité absolue.

Mais, d'un autre côté, il y aurait un mal réel à troubler la paix des ménages et le repos des familles pour de simples défauts de forme, qui peuvent souvent n'être pas imputables aux époux et jamais aux enfants.

Le Code n'a donc pas voulu rendre toutes les formalités prescrites pour la célébration du mariage, également essentielles à sa validité. Il en est dont l'omission peut opérer la nullité du mariage, d'autres dont l'oubli n'entraîne pas des conséquences aussi graves.

641. L'article 165 n'indique comme essentielles que deux formalités, 1°. la publicité de la célébration ; 2°. la célébration devant l'officier civil du domicile d'une des parties.

« Le mariage, dit-il, sera célébré *publiquement* devant » l'officier du domicile d'une des deux parties. »

L'article 191, qui est une suite de celui-là, et qui en contient la sanction, ne permet d'attaquer « que le mariage qui » n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été » célébré devant l'officier civil compétent. »

L'omission des autres formalités ne peut donc entraîner la nullité des mariages. Elle expose seulement l'officier public à une amende de 300 fr., et les parties contractantes ou les personnes sous la puissance desquelles elles ont agi, à une amende proportionnée à leur fortune. (Art. 192.)

642. Mais il faut remarquer qu'aucun des articles cités ne définit ce que c'est, dans le sens du Code, qu'un mariage contracté publiquement. Cependant, il importe d'en avoir une idée nette et précise. C'est d'abord un mariage célébré en présence des quatre témoins exigés par l'art. 75, et de l'officier public. Les anciennes ordonnances considéraient comme clandestins et non contractés publiquement les mariages faits hors la présence de quatre témoins et du propre curé, remplacé aujourd'hui par l'officier de l'état civil (1).

Mais est-il, en outre, essentiel à la publicité du mariage qu'il soit célébré dans la maison commune, sans que l'officier civil puisse se transporter au domicile des parties ou ailleurs? M. Maleville (2) soutient l'affirmative. Il se fonde sur ce qu'on proposa au conseil d'état de donner à l'officier civil la faculté de se transporter au domicile des parties pour y célébrer le mariage, par exemple, pour les mariages contractés *in extremis*; et qu'on répondit que cette faculté aurait beaucoup d'inconvénients, qu'elle deviendrait l'apanage de la puissance et de la richesse, et qu'il valait mieux conserver le principe de la publicité; que cependant il fut convenu de renvoyer cette question au titre du mariage, où l'on ne trouve point d'exception à la publicité, et où elle est au contraire confirmée par l'article 165. M. Portalis, dans l'Exposé des motifs, édition de Didot, pag. 245, dit aussi que l'officier civil « n'a aucun » pouvoir personnel de changer de lieu ou de modifier les for- » malités de la célébration. »

M. Locré, au contraire (3), dit que le mariage célébré hors de la maison commune et même hors de la commune, n'est pas nul, pourvu qu'il l'ait été publiquement et par l'officier civil compétent. Il prétend que cette question fut ainsi décidée au conseil d'état, et que cette décision était la suite du système adopté sur les mariages *in extremis*, qui ne sont pas défendus par le Code, et qu'il ne fallait pas rendre impossibles dans le fait, en les tolérant dans le droit.

(1) *Voy.* Lacombe, Jurisp. canonique. V°. Empêchement, pag. 280, et les ordonnances qu'il cite.
(2) Sur l'art. 74, pag. 97.
(3) Tom. III, pag. 401, édit. in-8°.

Mais il n'indique point où se trouve cette décision qu'on cherche en vain dans les procès verbaux des conférences, et qui, d'ailleurs, ne pourrait être une règle obligatoire pour les tribunaux au préjudice des dispositions du Code.

Autrefois il n'était pas nécessaire que le mariage fût fait dans l'église paroissiale du domicile; le curé pouvait se transporter dans une autre, et il était fréquent de célébrer les mariages dans les chapelles castrales ou particulières.

Quoiqu'il en soit, un arrêt de la cour de cassation (1), du 22 juillet 1807, a décidé que l'art. 75 qui indique la maison commune pour le lieu où les mariages doivent être célébrés, n'ayant pas textuellement prononcé la peine de nullité contre l'inobservation de cette disposition, les tribunaux peuvent, sans contrevenir à la loi, ne pas avoir égard à cette irrégularité.

D'où l'on peut induire que, lorsque la peine de nullité n'est pas expressément prononcée par les articles du Code qui prescrivent les formalités du mariage, les juges peuvent annuler ou maintenir les mariages attaqués pour omission de ces formalités, selon que l'intérêt public et celui des familles leur paraissent l'exiger.

C'est en effet pour leur laisser cette liberté que les art. 165 et 191 du Code se sont bornés à exiger que le mariage soit célébré *publiquement*, sans définir en quoi consiste la publicité, afin d'en abandonner la décision à la prudence des juges.

L'art. 193 l'indique clairement; il porte : « Les peines » prononcées par l'art. 192, seront encourues pour *toute con-* » *travention* aux règles prescrites par l'art. 165, lors même » que ces contraventions *ne seraient pas suffisantes* pour faire » prononcer la nullité du mariage. »

Donc c'est aux tribunaux à juger si la contravention est suffisante pour opérer la nullité. La conséquence est nécessaire.

Aussi on remarque que l'art. 191 dit seulement que le mariage qui n'a pas été « contracté publiquement, et qui » n'a point été célébré devant l'officier public compétent, » *peut être attaqué.* » Il ne dit pas que ce mariage est nul; il n'ordonne pas d'en prononcer la nullité.

D'un autre côté, l'art. 165 n'est pas conçu en termes prohibitifs comme les art. 144, 147, 148, 161, 162 et 163, à l'égard desquels on ne pourrait pas dire que les contraventions aux règles qu'ils prescrivent peuvent n'être pas

(1) Rapporté par Sirey, an 1807, pag. 336.

suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.

Les rédacteurs du projet de Code proposaient un article qui portait que « la loi ne reconnaît que le mariage con» tracté conformément à ce qu'elle prescrit. » Mais cet article, rédigé d'ailleurs dans d'autres vues (1), fut rejeté précisément, parce que la règle qu'il renfermait manquait d'exactitude, et que la loi reconnaît des mariages qui n'ont pas été célébrés conformément à tout ce qu'elle prescrit. On peut donc en rapprochant les articles 165, 191 et 193 de la jurisprudence de la cour de Cassation, poser en principe que la nullité qui résulte des contraventions aux règles établies par l'art. 165, n'est point radicale, et qu'elle dépend des circonstances que la prudence des juges peut seule apprécier (2).

Il peut y avoir contravention en un seul point ou en plusieurs à la fois; ces combinaisons peuvent beaucoup varier ainsi que les circonstances : la loi ne pouvant les prévoir toutes, encore moins les apprécier, a laissé au magistrat le soin de décider si leur nombre, si leur importance, suffisent pour faire annuler les mariages qui sont attaqués. Sur quoi, l'on peut observer que l'art. 191 paraît exiger la réunion

(1) *Voy*. Locré, pag. 395.

(2) Maleville sur l'art. 193, pag. 206, est de cet avis. *Voy*. aussi les Questions de droit de Merlin, v°. Inscription hypothécaire, pag. 114, 1re. col. à la fin, 2e. édition.

Cependant M. Portalis établit une doctrine contraire dans l'Exposé des motifs, pag. 255. « La plus grave de toutes les nullités, dit-il, est celle qui dérive » de ce qu'un mariage n'a pas été célébré publiquement, et en présence de » l'officier civil compétent. Cette nullité donne action aux pères et aux mères, » aux époux, au ministère public, et à tous ceux qui y ont intérêt. *Elle ne* » *peut être couverte par la possession*, ni par aucun acte exprès ou tacite de la » volonté des parties. Elle est indéfinie et absolue. Il n'y a pas mariage, mais » commerce illicite entre des personnes qui n'ont point formé leur engage» ment en présence de l'officier civil compétent, témoin nécessaire du contrat. » Dans notre législation actuelle, le défaut de présence de l'officier civil com» pétent a les mêmes effets qu'avait autrefois le défaut de présence du propre » curé. Le mariage était *radicalement* nul; il n'offrait qu'un attentat aux droits » de la société, et une infraction manifeste des lois de l'état. »

Il ne paraît pas que cette doctrine puisse s'accorder avec le texte du Code. Comment croire que cette nullité soit la plus grave des nullités ? Plus grave que celle qui résulte de la bigamie et de l'inceste, du défaut de consentement des parties ? Comment croire qu'elle ne peut être couverte par la possession, lorsque l'art. 196 dit positivement le contraire à l'égard des époux ? M. Portalis dit qu'elle a les mêmes effets qu'avait le défaut de présence du propre curé ; mais la nullité qui en résultait pouvait être couverte par des fins de non recevoir ; le ministère public ne pouvait même la faire valoir que pour faire condamner les parties à réhabiliter leur mariage devant le propre curé. *Voy*. le 11e. plaidoyer de d'Aguesseau. Lacombe, Jurisprudence canonique. V°. Empêchement, dist. 13, art. 1.

de plusieurs contraventions; car pour permettre d'attaquer un mariage, il exige deux choses qu'il réunit par une conjonction copulative.

643. L'ancienne jurisprudence exigeait aussi pour annuler un mariage comme clandestin, plusieurs contraventions aux règles établies; ainsi, par exemple, quoiqu'alors, comme aujourd'hui, la loi exigeât la présence de quatre témoins, si le mariage d'un majeur avait été célébré par le propre curé en présence de deux témoins seulement, on ne jugeait pas cette contravention suffisante pour prononcer la nullité (1); et vraisemblablement on ne l'annulerait pas aujourd'hui, s'il ne se trouvait pas d'autres circonstances, suffisantes pour y déterminer les juges.

644. De même, l'incompétence de l'officier civil pourrait n'être pas jugée suffisante pour annuler un mariage, d'ailleurs régulier, si elle était excusée par les circonstances, par exemple, si au lieu de l'officier de l'état civil du domicile des parties, on avait pris celui d'une commune où l'une d'elles avait une maison de campagne, quoiqu'elle n'y eût pas résidé pendant les six mois continus exigés pour établir le domicile relativement au mariage.

645. La nullité résultant du vice de clandestinité ou de l'inobservation des formalités prescrites pour le mariage, peut être proposée par les époux eux-mêmes, par les pères, mères et ascendants, au défaut les uns des autres (2), du vivant même des deux époux, et après leur mort, par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel. (Art. 191.)

646. Mais lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité, et à attaquer leur mariage pour vice de clandestinité. (Article 196.) Cette possession d'état laisse subsister l'action à l'égard des autres personnes.

647. L'ancienne jurisprudence ne donnait au ministère public le pouvoir d'attaquer les mariages clandestins que pour en ordonner la réhabilitation (3), et non pour en faire prononcer la dissolution. C'était aussi le vœu des rédacteurs du projet du Code (4), mais on craignit que les parties ne

(1) Lacombe, V°. Empêchement, pag. 283.
(2) Argum., art. 173.
(3) *Voy.* Pothier, du Mariage, n°s. 451 et 459, ordonnance du 15 juin 1697.
(4) Art. 40. *Voy.* Locré, tom. III, pag. 405 et 406.

négligeassent d'exécuter le jugement qui ordonnerait la réhabilitation, et le ministère public fut autorisé à demander la dissolution du mariage clandestin ; mais la loi ne lui en fait pas un devoir comme dans les cas prévus par l'art. 184. L'art. 191 dit seulement qu'il peut attaquer le mariage et non pas qu'il le doit. Il est au contraire de son devoir de n'user de cette autorisation qu'avec la plus grande circonspection, et seulement lorsqu'il y a scandale notoire, lorsque l'ordre public est troublé, sans quoi son ministère dégénèrerait en inquisition (1).

648. Il est à remarquer que le pouvoir du ministère public n'est pas borné à provoquer la nullité des mariages contraires à la loi ; il doit aussi protéger et faire maintenir les mariages légalement faits, que les parties voudraient faire annuler par des procédures collusoires. Il pourrait même se rendre appelant d'un jugement qui aurait déclaré un mariage nul et auquel les parties auraient acquiescé, sans qu'on pût lui opposer la fin de non recevoir résultant du délai de trois mois, accordé par le Code de procédure pour relever appel (2).

649. Il ne faut pas confondre les mariages clandestins dont nous venons de parler, avec les mariages secrets et les mariages *in extremis*.

On appelait mariages secrets ceux qui, quoique contractés selon les lois, avaient été tenus cachés pendant la vie des époux, ceux dont la connaissance avait été concentrée avec soin parmi le petit nombre de témoins nécessaire à sa célébration.

Il ne suffisait pas pour la publicité d'un mariage, qu'il eût été célébré avec toutes les formes prescrites ; il fallait encore qu'il fût suivi de la part des deux époux d'une profession publique de leur union, et qu'ils ne rougissent pas d'être unis. La déclaration de 1639 privait de tous les effets civils ces mariages qui ressentaient plutôt la honte d'un concubinage, que la dignité d'un mariage.

Le but principal de cette loi était de prévenir les alliances inégales qui blessaient l'orgueil des grands noms, ou qui ne pouvaient se concilier avec l'ambition d'une grande fortune. Ces préjugés ayant été bannis de notre législation,

(1) Locré tom. III, pag. 370 et suivantes.

(2) Ainsi l'ont jugé avec raison deux arrêts, l'un de la cour de Bruxelles, du 1er. août 1808. (Sirey 1808, 2e. part. pag. 273) ; l'autre de la cour de Pau, du 28 janvier 1809. (Sirey, 1809, 2e. part., pag. 241.)

fondée sur l'égalité des droits, la déclaration de 1639 est aujourd'hui abrogée; l'observation des formes dans la célébration du mariage garantit suffisamment sa publicité de fait et de droit; et des époux qui, malgré l'observation de ces formes, pourraient aujourd'hui, ce qui est beaucoup plus difficile qu'autrefois, parvenir à rendre leur union secrète, ne seraient plus exposés à la voir privée des effets civils.

Les mariages contractés à l'extrémité de la vie, qu'on appelait mariages *in extremis*, étaient aussi, par la déclaration de 1639 et par l'édit de mars 1697, privés de tous les effets civils, lorsqu'ils avaient été précédés d'un commerce illicite entre les deux époux. Mais on a pensé qu'il n'était pas juste de condamner au désespoir un père mourant, dont le cœur déchiré par les remords voudrait, en quittant la vie, assurer l'état d'une épouse, ou celui d'une postérité innocente dont il prévoit la misère et le malheur. Ces mariages ne sont donc plus défendus sous l'empire du Code.

650. 7°. Le Code se tait sur les personnes qui peuvent proposer la nullité du mariage contracté depuis la mort civile, parce qu'elle est considérée non comme un moyen de faire annuler le mariage, mais comme l'empêchant de se former, même en apparence quant aux effets civils (1); et il naît de là une exception que peuvent faire valoir, en tout temps, tous ceux qui y ont intérêt.

651. 8°. Nous avons vu que le crime d'adultère était un empêchement perpétuel de mariage entre les deux coupables, lorsque le divorce a été prononcé pour cause d'adultère.

Que le divorce était un empêchement perpétuel de mariage entre les deux époux divorcés, qui ne peuvent plus se réunir pour quelque cause que le divorce ait été prononcé;

Que lorsqu'il a été prononcé par consentement mutuel, il est un empêchement temporaire qui ne permet pas aux époux divorcés de contracter un nouveau mariage pendant trois ans;

Enfin, que la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. (Art. 228.)

Le Code ne dit point si ces empêchements sont dirimants ou simplement prohibitifs; mais il ne donne à personne le droit de les attaquer; il ne contient aucune disposition sur

(1) *Voy. sup.*, n°. 285.

ce point, comme il en contient sur les autres empêchements dont nous avons précédemment parlé.

Nous pensons par ces motifs, que ces quatre empêchements ne sont que prohibitifs, et que les mariages contractés au mépris de ces prohibitions, ne peuvent être attaqués, quoique les dispositions qui défendent ces mariages paraissent toutes conçues en termes prohibitifs (ne pourra) (1).

652. L'effet des nullités est que les mariages déclarés nuls sont considérés comme n'ayant point existé. Il n'y a point de communauté, les conventions matrimoniales et les donations sont comme non avenues, sauf néanmoins la restitution de la dot ou des sommes que le mari aurait reconnu (2) avoir reçues de la femme ou de ses parents : les enfants issus de ces mariages sont réduits à la condition d'enfants naturels, sans pouvoir être héritiers, même de leurs père et mère, sauf la portion des biens que la loi leur accorde ; mais l'effet des nullités peut cesser par la bonne foi.

SECTION III.

Du mariage putatif ou des effets de la bonne foi dans le mariage.

SOMMAIRE.

653. Le mariage nul produit les effets civils quand il a été contracté de bonne foi.
654. Définition du mariage putatif.
655. Trois conditions nécessaires pour lui donner les effets civils. 1re, bonne foi.
656. *Quid* si elle vient à cesser pendant le mariage ?
657. 2e. Condition. Solennité du mariage ; les effets de la bonne foi ne s'étendent pas aux enfants nés d'une cohabitation antérieure au mariage putatif.
658. 3e. Condition. Il faut que l'erreur soit excusable.
659. Elle l'est difficilement si le mariage a été célébré sans publications.
660. Des effets du mariage putatif, quant à l'époux de bonne foi.

(1) *Voy.* dans le second volume, le chap. VIII, *des seconds mariages. Voy.* aussi un arrêt de la cour de cassation, du 29 octobre 1811 (Sirey, an 1812, pag. 46), qui juge que l'empêchement n'est que prohibitif, dans le cas de la veuve qui convole à un second mariage avant dix mois.

(2) *Voy.* un arrêt du premier août 1707, dans le Journal des audiences; autre dans Lacombe, Jurisp. canonique, au mot Empêchement, p. 283; et cela contre la disposition du droit romain, suivant lequel la dot et les donations revenaient au fisc, lorsque les mariages avaient été contractés contre la prohibition des lois. *Inst. de Nupt.* §. 12.

653. La bonne foi de ceux qui se sont unis par un mariage qu'ils croyaient autorisé par la loi, et dont ils ignoraient les empêchements, mérite qu'on accorde à eux et à leurs enfants les avantages de l'état dans lequel ils croyaient vivre légitimement, lorsque d'ailleurs leur erreur était excusable. C'est sur ce principe d'équité que le Code veut, en conformité de l'ancienne jurisprudence, que le mariage qui a été déclaré nul produise néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. (Art. 201.)

Il ajoute que si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux, et des enfants issus de ce mariage. (Art. 202.)

654. Le mariage que l'un des conjoints au moins a cru légitime, est appelé par les docteurs mariage pntatif, *matrimonium putativum.* Hertius (1) le définit d'une manière claire et précise : *Matrimonium putativum est quod solemniter et bonâ fide, saltem opinione justâ unius conjugis contractum, inter personas jungi vetitas consistit.*

655. Ainsi, trois conditions sont nécessaires pour donner les effets civils au mariage putatif : bonne foi, solennité dans l'acte, erreur excusable.

La première de ces trois conditions dépend de circonstances tout-à-fait personnelles aux deux conjoints, ou à celui des deux qui allègue la bonne foi. S'il était prouvé qu'il n'a pas ignoré l'empêchement au mariage qu'il voulait contracter, ou dans lequel il a continué de vivre, il deviendrait indigne de la faveur que la loi accorde à la seule bonne foi.

656. Si, postérieurement au mariage, les conjoints ou l'un d'eux acquièrent la connaissance certaine d'un empêchement

(1) *De Matrimonio putativo. Voy.* aussi Boehmer, *Jus ecclesiast. protest. lib.* 5, *tit.* 17, *pag.* 300 ; Pirrhing, *in tit. Qui filii sint legit.* X, *lib.* 4, *tit.* 17 ; *Voy.* aussi d'Aguesseau, tom. IV, pag. 274 ; le Nouveau Denisart ; au mot Bonne foi.

légal, ils doivent se séparer ou le faire cesser, s'il est possible; ils ne peuvent rester unis avec bonne foi, à moins qu'ils n'aient des motifs plausibles de croire que l'empêchement dont on les avertit n'existe pas (1).

Il serait donc possible que, dans le nombre des enfants nés d'une mère unique, il y en eût qui recueillissent tous les avantages que donne la bonne foi des père et mère, tandis que les autres en seraient privés (2).

Il est évident qu'il ne pourrait exister de bonne foi dans un mariage contracté entre deux personnes engagées toutes les deux dans les liens d'un premier mariage, quoique à l'insu l'une de l'autre, ou entre deux personnes mortes civilement (3).

657. La seconde condition est la solennité du mariage. On n'est de bonne foi aux yeux de la loi, qu'autant qu'on a fait publiquement ce qu'elle prescrit pour faire un acte légitime. Ainsi, les effets de la bonne foi ne s'étendraient pas aux enfants nés d'une cohabitation antérieure au mariage putatif (4). L'article 202 ne les accorde qu'aux *enfants issus du mariage*, et non pas aux enfants nés avant le mariage putatif.

Si le mariage subséquent légitime les enfants nés avant sa célébration, lorsqu'il est valide, il ne produit pas les mêmes effets quand il est nul. Il ne peut légitimer les enfants nés, avant la solennité du mariage, d'une cohabitation entre deux personnes qui ne pouvaient pas s'unir, quand même l'empêchement n'aurait plus subsisté lors du mariage, quand même les deux conjoints ou l'un d'eux allègueraient avoir ignoré l'empêchement existant lors de la cohabitation; car

(1) Par exemple, si, usant du droit que leur donne l'article 189, ils soutenaient le premier mariage nul, ils pourraient rester unis pendant la litispendance, et même pendant le cours de l'appel. Pirrhing, *ubi sup.*

(2) M. Proudhon, tom. II, pag. 5 et 6, pense que la bonne foi n'est nécessaire qu'au moment du contrat, et que les effets civils du mariage putatif ne cessent qu'après que le mariage a été déclaré nul, et que les époux ont été condamnés à se séparer.

C'est aller trop loin. Si les époux ont des motifs plausibles de croire leur mariage valide, ils peuvent sans doute rester unis jusqu'au jugement qui leur ordonne de se séparer. Mais, par exemple, si l'on avait remis à l'époux de bonne foi un acte en forme qui prouve la célébration d'un premier mariage encore existant entre l'autre époux et une autre personne : si on découvrait que les époux sont frères et sœurs, qu'on leur en remît la preuve et que, malgré cette connaissance acquise, ils s'obstinaient à rester unis, il serait difficile de soutenir que les effets de la bonne foi, qui ne peut plus exister, continuassent néanmoins d'exister.

(3) Si l'une d'elles seulement était morte civilement, la bonne foi de l'autre donnerait les effets civils au mariage. *Vid. sup.*, pag. 153.

(4) D'Aguesseau, tom. IV, pag. 277.

on ne peut jamais être de bonne foi dans le concubinage. La loi, dit d'Aguesseau (1), récompense l'innocence telle qu'elle se trouve dans celui qui contracte de bonne foi et par erreur de fait un mariage défendu ; mais que la loi récompense une personne qui a voulu mal faire, parce qu'elle a cru faire un moindre mal, c'est ce qui ne peut pas être écouté.

658. Enfin, il faut que l'erreur de deux conjoints, ou de celui qui allègue la bonne foi soit excusable, qu'il ait pu se tromper, et que la loi souffre la cause de son erreur.

Si les conjoints n'avaient pas pris toutes les mesures indiquées par la loi pour être instruits des empêchements qui pouvaient s'opposer à leur union, ce ne serait plus le cas d'alléguer la bonne foi : cette bonne foi ne serait plus présumée.

659. Par exemple, un mariage est contracté sans publications, et l'on découvre ensuite qu'un des conjoints était engagé dans les liens d'un premier mariage, le conjoint libre pourrait plus difficilement faire admettre l'allégation de bonne foi, à moins qu'il ne fût mineur, ou qu'il y eût des circonstances suffisantes pour caractériser sa bonne foi. La seule opinion que le conjoint libre dirait en pareil cas avoir eue de la validité de son mariage, ne serait pas légitime ; ce ne serait pas *opinio justa*. Les tribunaux n'excuseraient pas l'erreur dans laquelle on ne serait tombé que pour n'avoir pas pris tous les moyens que la loi prescrivait, afin de l'éviter.

660. Les effets de la bonne foi, relativement aux droits de celui qui a contracté dans l'ignorance de l'empêchement qui s'opposait à son mariage, se rapportent à trois objets. Les droits pour la répétition de la dot et des autres conventions matrimoniales ; les droits sur la communauté ; le droit de succéder aux enfants.

661. Si les deux époux obligés de se séparer étaient de bonne foi, leurs droits seraient à tous égards les mêmes que si le mariage avait été légitime.

Les droits de communauté s'exerceraient au moment de la séparation ; et quant aux avantages stipulés au profit l'un de l'autre dans leur contrat de mariage, ils conserveraient leur force ; mais néanmoins pour ne produire leur effet que dans les mêmes cas, et aux mêmes époques où ces droits seraient ouverts, si le mariage avait été valide.

(1) *Ubi sup.* et pag. 282.

Les deux époux séparés conserveraient également le droit de succéder à leurs enfants.

662. Mais si l'un des époux était de mauvaise foi, il n'aurait rien à prétendre en aucun cas aux avantages stipulés en sa faveur, quand même ils auraient été stipulés réciproques, quoiqu'en ce cas l'autre époux conservât tous ses droits, parce que le mariage ne produit aucun effet civil à l'égard de l'époux de mauvaise foi.

663. Quant aux droits de chacun des époux sur les biens communs et confondus, l'époux de bonne foi pourrait faire liquider ses droits, conformément aux règles établies pour les communautés conjugales, dans les cas où le mariage est valide.

Mais si ce règlement lui était désavantageux, il pourrait demander à reprendre tous les effets qu'il aurait apportés, et la moitié des acquêts communs.

664. Il conserverait aussi le droit de succéder aux enfants; droit dont l'époux de mauvaise foi serait privé, quoique ces enfants eussent celui de lui succéder. C'est peut-être le seul cas où le droit de succession ne soit pas réciproque.

665. Il peut naître des questions difficiles sur les droits de plusieurs femmes qui auraient successivement contracté de bonne foi mariage avec le même homme, et dont le mariage aurait subsisté en même temps, sur les biens que le mari aurait acquis pendant le cours de ces mariages. Le Code garde le silence sur ces cas rares et extraordinaires. La règle la plus raisonnable qu'on puisse suivre, semble être de considérer les acquisitions faites pendant la cohabitation avec chaque femme comme le résultat d'une société telle qu'elle aurait pu exister entre deux personnes étrangères, et de partager les bénéfices, non pas selon les règles de la communauté conjugale, mais selon les règles générales de la société.

Un ancien arrêt rapporté par Carondas, dans ses Réponses, liv. 8, chap. 17, dans l'espèce duquel un homme était mort ayant deux femmes qu'il avait épousées pendant la vie d'une première, laquelle laissait deux enfants, jugea que les deux dernières femmes avaient chacune la moitié des meubles et acquêts que le défunt avait respectivement acquis avec elles.

666. Quant aux enfants nés de ces mariages putatifs, ils sont légitimes à tous les égards; ils jouissent des mêmes

droits que s'ils étaient nés d'un mariage à la légitimité duquel il n'y aurait aucun obstacle.

Ainsi ils recueillent non-seulement les successions de leurs père et mère, même de celui qui n'était pas de bonne foi (1), mais encore les successions collatérales provenues du chef de ce dernier; ils portent le même nom et les armes de leur père, et recueillent les majorats établis en faveur de l'aîné des mâles (2).

(1) *Voy.* Lacombe, Jurisp. civ. au mot Enfant, nº. 21, ainsi jugé contre l'ordre de Malte, pour le pécule d'un profès marié.

(2) C'est ainsi du moins qu'on le jugeait sous l'ancienne législation, et la décision doit être la même sous l'empire du Code civil.

CONSULTATION

DE

PLUSIEURS ANCIENS AVOCATS DE RENNES,

SUR LA VALIDITÉ DES MARIAGES CONTRACTÉS PAR LES ÉMIGRÉS FRANÇAIS AVANT LEUR RETOUR ET LE RÉTABLISSEMENT DANS LEURS DROITS CIVILS.

Faisant suite au n° 285, ci-dessus page 155.

Les Avocats à la Cour royale de Rennes soussignés, consultés sur les mariages contractés en pays étrangers, par les émigrés, avant leur retour en France et le rétablissement dans leurs droits civils, ainsi que sur le point de savoir si l'arrêt de la Cour de Cassation, du 16 mai 1808, qui a déclaré ces mariages nuls, a fixé la Jurisprudence; sont d'avis :

Qu'en s'attachant uniquement aux dispositions de la loi ancienne, aux lois intermédiaires et aux dispositions du Code Civil, il ne paraît pas qu'on puisse raisonnablement douter que les mariages contractés dans l'étranger par les émigrés, pendant le temps qu'ils ont été considérés comme morts civilement en France, ne soient valides et ne produisent les effets civils, depuis le rappel des émigrés et leur rétablissement dans tous leurs droits, mais sans rétroaction.

Cependant il s'est élevé contre la validité de ces mariages un préjugé si fort, que les meilleurs esprits, même depuis la restauration, ont paru céder au torrent, en évitant de soumettre de nouveau à un examen approfondi une question si importante pour un si grand nombre de familles.

Ce préjugé est venu d'un arrêt rendu par la Cour de Cassation, le 16 mai 1808, sur les conclusions de M. Merlin, qui employa toutes les ressources de son esprit et toute la force de sa dialectique, pour faire triompher son opinion, proposée, à la vérité, mais rejetée au Conseil d'État dans les

conférences tenues sur la rédaction du Code civil. Heureusement un arrêt contraire aux principes, un arrêt solitaire ne suffit pas pour fixer la jurisprudence, encore moins pour changer la législation. Il suffira, pour ramener les esprits aux vrais principes, de les développer avec clarté et simplicité.

Nous établirons d'abord que, suivant les anciennes lois françaises, les mariages contractés par des individus en état de mort civile étaient valables quant au lien, qu'ils étaient seulement privés *des effets civils*, mais que ces effets leur étaient rendus, lorsque les individus morts civilement étaient rétablis dans leur premier état.

Nous établirons ensuite que les lois intermédiaires respectèrent ce principe : que le texte du Code Civil s'est en ce point conformé à l'ancienne législation, et que l'opinion de ceux qui voulaient introduire la nullité, *quant au lien*, des mariages contractés pendant la mort civile, et la dissolution, aussi *quant au lien*, des mariages contractés auparavant, ne fut point admise dans les conférences tenues au Conseil d'Etat pour la discussion du Code.

Les questions qui peuvent s'élever sur la validité et les effets des mariages contractés par des individus condamnés à une peine emportant la mort civile, furent long-temps, en France abandonnées à la prudence des magistrats, et n'eurent d'autres règles que la jurisprudence des arrêts, mais les arrêts rendus par un parlement n'étaient point une règle obligatoire pour un autre. La déclaration donnée par Louis XIII, le 26 novembre 1639, en établit une fixe, uniforme et générale.

Après avoir, dans les premiers articles, proscrit les mariages clandestins, et prononcé des peines contre le crime de rapt, elle s'occupa (art. 5) des mariages tenus secrets et cachés pendant la vie des époux, contre le respect dû à un *si grand sacrement*, et elle déclara les enfants issus de ces mariages incapables de toutes successions, aussi bien que leur postérité.

L'article 6 prononça la même peine contre les enfants nés de femmes que les pères ont entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de leur vie ; « comme aussi, » ajoute le même article, contre les enfants procréés par » ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, » même par les sentences de nos juges rendues par *défaut*, » si, avant leur décès, *ils n'ont été remis au premier état suivant les lois* prescrites par nos ordonnances. »

Ainsi les mariages tenus secrets, les mariages contractés *in extremis*, et les mariages contractés en état de mort civile, furent mis sur la même ligne, en ce qui concerne leur validité quant au lien, et en ce qui concerne l'incapacité de succéder prononcée contre les enfants qui en sont issus.

Mais cette incapacité cessait à l'égard des enfants issus d'un mariage contracté pendant la mort civile, si, avant leur décès, les condamnés avaient été légalement remis dans leur premier état. On tenait pour maxime, suivant le plus exact et le plus suivi des canonistes français (1), que « ceux qui » sont morts civilement, ayant été condamnés, ou *contra-* » *dictoirement ou par contumace*, à une peine qui emporte » la mort civile, *peuvent se marier valablement*. Mais les fem- » mes qu'ils ont épousées en cet état ne peuvent demander » leurs conventions matrimoniales, ni les enfants qui sont nés » de ces mariages, prendre part à leur succession. » C'est ce qu'on appelle les *effets civils du mariage*.

Ces mariages, dit Pothier, (2), quoique *valablement contractés*, quoique subsistant quant au *lien naturel*, sont privés des *effets civils*.

C'était donc un point de législation bien constant dans l'ancienne jurisprudence française, que les mariages contractés pendant la mort civile étaient valables *quant au lien*, et que, s'ils étaient privés des effets civils, cette privation cessait par le rétablissement du condamné dans son premier état.

Si la mort civile n'empêchait pas le lien du mariage ou le contrat naturel de se former, elle n'en pouvait, à plus forte raison, rompre le lien, lorsqu'il était déjà formé. Elle opérait seulement l'extinction de la communauté conjugale, de la puissance paternelle et maritale, et des autres effets civils; elle donnait enfin *ouverture à la succession de la personne*, *de même que si elle était morte naturellement*. (3). Mais le lien du mariage n'était rompu que par la mort naturelle (4).

(1) D'Héricourt, Lois ecclésiastiques, part. III, ch. V, art. 2, n°. 35.

(2) *Traité du Contrat de Mariage*, n°. 433. L'auteur ajoute, n°. 436, que *les enfants qui naissent de ces espèces de mariages, qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils*, n'ont pas, à la vérité, les droits que les effets civils du mariage donnent aux enfants, tels que les droits de famille, de succession, de douaire, de légitime, etc.; mais le mariage dont ils sont nés, *étant un véritable mariage*, ils ne sont pas *bâtards*, et ils sont, en conséquence, capables d'être promus aux ordres sacrés, aux bénéfices, etc.

(3) Duparc-Poullain, *Principes du Droit*; t. I, pag. 177, n°. 5.

(4) « La mort civile ne dissout point le mariage; elle le laisse subsister » *quant au lien*. Quand il (le mari) aurait été condamné à être roué et » exécuté par effigie, disait Le Maître plaidant pour Jarlet, l'appelante aurait

Cette doctrine du mariage, valable quant au lien, quoique privé des effets civils, dérive de la nature même du mariage, que nos anciens jurisconsultes avaient parfaitement bien observée. Le mariage est le premier et le plus important des contrats : il est antérieur à l'état civil, et aussi ancien que le genre humain. C'est ce contrat qui forme un lien si intime entre l'homme et la femme, qu'on nomme le *contrat naturel* du mariage, parce qu'il existait avant l'établissement des sociétés, et dans l'état qu'on a nommé *l'état de nature*. En instituant ce contrat, l'Auteur de la nature le donna aux hommes comme un lien indissoluble; et si, dans la suite, Moïse permit le divorce aux Juifs, ce fut à cause de la dépravation de leur cœur : *Propter duritiem cordis vestri*. Il en était autrement dans le principe : *Ab initio autem non fuit sic*.

Les nations païennes les plus éclairées regardèrent le mariage comme indissoluble dans son principe, au moins dans le vœu de la loi et des contractants : *Individuam vitæ consuetudinem continens*. Instit. §. I, *de patriâ Potestate* : *consortium omnis vitæ*, l. 1. ff. *de Nupt.*

En se formant en sociétés régulières, les peuples ne changèrent point la nature de ce contrat primitif. Leurs lois civiles établirent seulement des règles fixes sur les conditions nécessaires pour la validité du mariage et sur la capacité des contractants. Elles y ajoutèrent certains effets qui ne doivent leur existence qu'au droit civil, et que, par cette raison, on appelle *effets civils* du mariage : tels sont, pour les enfants, le droit de succéder non-seulement à leurs père et mère, mais encore à tous les parents de ces derniers ; tels sont, pour l'épouse, le droit de communauté, c'est-à-dire, le droit de participer, pour une moitié, aux biens acquis pendant le mariage; et autrefois le douaire et les autres avantages que lui assuraient les Coutumes de chaque province ; la confirmation de toutes les conventions matrimoniales en faveur de l'un et l'autre des époux ; la puissance paternelle et maritale, etc. *Voyez Pothier*, *Traité du Contrat de Mariage*, n° 396.

Voilà donc déjà deux choses bien différentes à distinguer dans le mariage : 1°. le contrat naturel qui en forme le lien, et qui existait avant l'établissement des sociétés.

» elle pu se remarier ? Le lien du mariage, qui joint réellement et naturelle- » ment un mari et une femme, se peut-il rompre sans aucun empêchement » de droit, autrement que par une mort naturelle ? » M. Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, V°. *Mariage*, fol. 38, col. B.; troisième édition.

2°. Les effets civils que le droit civil de chaque nation y ajoute comme accessoires, qui varient suivant les lois particulières des différents peuples, qui peuvent varier, et qui varient en effet chez le même peuple, lorsqu'il change sa législation.

3.° Enfin, Jésus-Christ sanctifia le mariage dans la loi nouvelle, en l'élevant à la dignité de sacrement; sacrement qui produit des effets spirituels, et qui consacre le contrat naturel, mais qui ne peut exister sans lui. C'est encore un accessoire qu'on ne peut séparer du contrat, et qui l'est même toujours dans les mariages des non-catholiques, parce qu'ils ne connaissent point le sacrement de mariage.

Le contrat naturel, tel qu'il est réglé par la loi civile, est donc la base nécessaire des droits civils et du sacrement, lequel ne saurait exister sans lui. Il est, disent les docteurs (1), la matière du sacrement.

Ainsi, lorsqu'un jugement prononçait la nullité du mariage contracté par des mineurs sans le consentement de leurs pères et mères, il ne rompait pas le lien, ou le contrat naturel du mariage, qu'on ne pouvait dissoudre, lorsqu'il avait été valablement contracté, mais il déclarait que ce contrat n'avait point existé, parce que le mineur est incapable de former un pareil contrat sans le consentement de ses père et mère.

Or, si le contrat n'avait jamais existé, le sacrement n'avait pu également exister faute de matière, et les effets civils s'évanouissaient avec la cause dont la réalité pouvait seule leur donner l'existence. Les deux parties étaient libres de se remarier: rien ne survivait au jugement qui déclarait le mariage nul.

Mais, lorsque le contrat naturel du mariage avait existé lorsqu'il n'était pas nul, faute des conditions nécessaires ou exigées pour sa validité, lorsque seulement les époux, ou l'un d'eux, avaient désobéi ou contrevenu à quelque disposition réglémentaire, dont l'inobservation n'emportait pas la nullité du mariage, la loi, qui avait attaché à ce contrat certains effets civils, *ouvrages de ses mains seules*, pouvait les en détacher, et le priver de tous les effets civils ou seulement de quelques-uns d'entre eux, pour punir les époux

(1) Pothier, *du Contrat de Mariage*, n°. 12. Sanche, *de Matrimonio*, *lib.* II, *disp.* 4.

et leur postérité de leur désobéissance ; c'est ce que fit l'ordonnance de 1639, en trois cas différents.

1°. Les lois voulaient que les mariages fussent célébrés publiquement ; cependant quelques personnes, pour se soustraire à la honte ou au ridicule de certains mariages inégaux ou mal assortis, prenaient le parti de les tenir secrets et cachés pendant leur vie. Pour les en punir et prévenir de pareils scandales, l'ordonnance de 1639 déclara (Art. 5) les enfants qui naîtraient de ces mariages, *qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage, incapables de toutes successions, ainsi que leur postérité.*

Si la privation des effets civils était prononcée contre les enfants quoique innocents de la faute de leurs parents, elle s'étendait, à plus forte raison, à ceux-ci, comme l'observe très-bien Pothier, n°. 428.

2°. L'article VI de la même loi, et l'édit du mois de mars 1697, prononcèrent encore la privation des effets civils contre les mariages contractés *in extremis*, c'est-à-dire, que contractent à l'extrémité de la vie des personnes qui ont vécu dans un état de concubinage. Cette privation avait lieu, quoique ces mariages fussent célébrés publiquement et en face d'Église et qu'ils fussent par conséquent valablement contractés.

Voilà donc des mariages reconnus *valablement contractés*, comme dit Pothier, n° 439, et auxquels cependant la loi refuse les effets civils qu'elle avait attachés au contrat naturel qui forme le lien du mariage. Elle en détache ces effets pour punir la désobéissance des époux, et pour détourner les citoyens de l'envie de les imiter.

3°. Enfin, la privation des effets civils est prononcée par la même loi contre les mariages contractés pendant la mort civile, lorsque les condamnés n'ont pas été rétablis dans leur premier état.

Cette privation a été abrogée par les lois nouvelles à l'égard des mariages tenus secrets ou contractés *in extremis*. Ces mariages sont aujourd'hui non-seulement valables quant au lien, mais ils produisent les mêmes effets civils que les autres mariages légalement contractés.

Il en est autrement des mariages contractés par des personnes en état de mort civile : ils continuent d'être valables quant au lien : mais aussi, de même que sous l'empire de l'ordonnance de 1697, ils demeurent privés des effets civils. La mort civile n'empêche pas le lien du contrat naturel de



se former, comme elle ne dissout pas le lien déjà formé, *si ce n'est quant à tous ses effets civils.* (Art. 25, Code civil.)

Ce principe fut respecté même par la Convention nationale dans ses plus grands écarts. La loi du 20 septembre 1792, §. 1, art. 4, mit l'émigration au nombre des causes du divorce. Il est vrai qu'à cette époque les émigrés n'étaient point encore frappés de mort civile; ils ne le furent que par la loi du 23 octobre suivant, qui les bannit à perpétuité, et encore par la loi du 28 mars 1793.

Mais la loi du 24 vendémiaire an III (15 octobre 1794), ordonna que celui des époux qui demanderait le divorce pour cause d'émigration serait dispensé d'assigner l'autre au dernier domicile, et que le divorce serait prononcé sans aucune citation, en établissant par un acte authentique ou de notoriété publique que son époux était émigré.

La Convention reconnaissait donc que la mort civile prononcée contre les émigrés ne rompait pas le lien du mariage, puisqu'elle croyait le divorce nécessaire pour le dissoudre; par conséquent, la mort civile n'empêchait pas ce lien de se former. Cette loi était encore en pleine vigueur lors de la promulgation du Code.

Il est donc certain, comme l'enseigne M. Merlin (1) qui nous fournit des armes pour le combattre, qu'*avant le Code* les liens du mariage n'étaient pas plus rompus de plein droit par l'émigration du mari que par la condamnation judiciaire à une peine emportant la mort civile, *et ce qui le prouve sans réplique, c'est que l'émigration était rangée par la loi au nombre des causes déterminées du divorce.*

Il est certain « qu'avant le Code, la loi distinguait dans le » mariage deux choses : le contrat qui était formé par le con» sentement des parties, et les effets civils qui en découlaient.

» Le contrat tenait uniquement *au droit des gens;* et de » même qu'un contrat ordinaire n'est point dissous par la » condamnation à une peine emportant la mort civile de l'une » des parties qui l'ont souscrit, de même aussi, avant le » Code, le contrat de mariage ne l'était point de plein droit » par son émigration.

» Il en était autrement des effets *purement civils* du ma» riage. La loi ne reconnaissant plus pour citoyen le mari » qui était mort à ses yeux, ne pouvait plus le faire partici» per aux prérogatives, aux avantages qu'elle avait seule

(1) Questions de droit, *verbo* Émigré, §. III.

» introduits, et qui étaient, pour ainsi dire, l'*ouvrage de ses* » *mains seules.* »

Il est donc avoué, il est donc enseigné par le savant adversaire que nous combattons, que l'ancienne doctrine, reconnue et respectée par les lois du 20 septembre 1792 et du 14 vendémiaire an III, demeura en pleine vigueur jusqu'à la promulgation du Code. Voyons si le texte ou l'esprit de cette loi s'en sont ecartés.

L'article 25 porte que « l'individu frappé de mort civile » est incapable de contracter un mariage qui produise *aucun* » *effet civil.* Que le mariage qu'il avait contracté avant la mort » civile, est dissous *quant à tous ses effets civils.*

Les suites de cette dissolution, suivant le même article, sont que l'époux et les héritiers de la personne frappée de mort civile peuvent exercer respectivement les droits et actions *auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture;* enfin, que sa succession est ouverte *de la même manière que s'il était mort naturellement.*

Tels étaient aussi, dans l'ancienne législation, les effets de la mort civile relativement au mariage; et pour les rendre, on remarque que le Code a, pour ainsi dire, employé les mêmes expressions dont se sert Duparc-Poullain que nous avons cité plus haut. Ainsi, quand le Code dit que le mariage contracté pendant la mort civile ne peut produire *aucun effet civil*, que le mariage contracté auparavant est dissous *quant à tous ses effets civils*, on ne peut s'empêcher d'en conclure que, loin de s'écarter de l'ancienne doctrine qui déclarait ce mariage valable quant au lien, de la doctrine suivie par les lois en vigueur au moment de sa promulgation, le Code a voulu au contraire consacrer cette même doctrine. C'est la conséquence naturelle de ses expressions auxquelles il ne serait pas raisonnable de donner un autre sens que celui qu'y ont toujours donné l'usage et les auteurs.

Voyons si c'est ainsi que l'ont entendu les rédacteurs du Code et les membres du Conseil d'Etat, qui discutèrent et adoptèrent la rédaction de l'article 25.

Le premier projet discuté dans la séance du 16 thermidor an IX portait :

« Les effets de la mort civile seront la dissolution *du* » *contrat civil du mariage*, l'incapacité d'en contracter un » nouveau. »

Le ministre de la justice dit, page 62, que la mort civile de l'un des époux ne doit ôter au mariage que *ses ef-*

fets civils, qu'elle ne peut détruire le *contrat naturel*, etc.

Cette opinion occasiona des débats; elle fut soutenue par Bonaparte, alors premier consul, qui observa que ces expressions *la dissolution du contrat civil du mariage* semblaient supposer qu'*aux yeux de la loi, il reste encore quelque chose après la dissolution du contrat civil, et qu'elles paraissaient préjuger la question de légitimité des enfants*. Ce raisonnement était juste et conforme aux principes que nous venons d'exposer.

On lui répondit qu'il restait le *contrat naturel* et le *lien religieux;* qu'on avait employé cette expression *du contrat civil du mariage, pour faire taire les scrupules des consciences:* que cette expression prouvait qu'on ne voulait offenser aucun culte; que la loi étant faite pour un peuple chez lequel existaient déjà diverses opinions formées, et admettant divers cultes, il fallait qu'elle parlât de manière à n'en choquer aucun.

Ceux qui désiraient introduire un droit nouveau, et faire ériger en disposition législative que la mort civile rompt le lien du mariage, proposèrent dans la séance du 24 thermidor an IX, d'ajouter à la rédaction qui forme aujourd'hui l'article 25 du Code, une disposition finale qui abrogeait nettement le droit ancien. Après la disposition qui porte que le condamné « est incapable de contracter un mariage qui » produise *aucun effet civil;* que le mariage qu'il avait pré» cédemment contracté est dissous *quant à tous ses effets* » *civils;* que son époux et ses héritiers peuvent exercer res» pectivement les droits et les actions auxquels la mort na» turelle donne ouverture : » ils proposaient d'ajouter : *l'autre époux est libre de contracter un nouveau mariage*.

Cette addition, qui tranchait nettement la question, éprouva une vive opposition de la part de ceux qui restaient attachés aux anciens principes, et qui pensaient que la mort civile n'empêche point le contrat naturel de se former, et ne rompt point *le lien* du mariage précédemment contracté. Ils dirent que si la loi ne déclarait le mariage dissous que quant *à ses effets civils*, et non absolument, on ne pouvait pas déclarer l'autre époux libre de contracter un nouveau mariage. Il y avait en effet contradiction entre ces deux dispositions. Le ministre de la justice persista à soutenir que le mariage *ne pouvait être dissous* par la mort civile de l'une des parties, etc.

M. Tronchet répondit que la loi ne voyant dans le ma-

riage qu'un contrat civil (en cela il se trompait), elle doit dire qu'il est dissous à ses yeux par la mort civile de l'un des époux, et que, par une suite nécessaire, elle doit ajouter qu'elle regarde l'autre époux comme libre de former un nouveau contrat, en abandonnant à sa conscience le soin de juger, s'il se croit dégagé sous d'autres rapports.

Néanmoins M. Tronchet, voyant que son opinion n'était point admise par le conseil, consentit à retrancher cette phrase additionnelle qui abrogeait l'ancien droit : *L'autre époux est libre de contracter un nouveau mariage.*

La rédaction reste telle qu'elle existe dans le Code : L'individu mort civilement *est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil.*

« Le mariage qu'il avait contracté précédemment est dissous, *quant à ses effets civils.* »

Rédaction dont la conséquence naturelle est que le Code adopte les anciens principes restés en vigueur jusqu'au moment de sa promulgation ; que les seuls *effets civils* du mariage sont dissous ; que le *contrat naturel*, qui en forme le lien, survit à la mort civile, et qu'elle ne l'empêche point de se former.

C'est aussi de cette manière que le ministre de la Justice, qui avait si victorieusement défendu l'ancienne doctrine devant le Conseil d'État, entendit les dispositions du Code après sa promulgation. Un sieur Devesvrotte, qui s'était marié pendant son émigration, étant rentré en France et amnistié, conçut des inquiétudes sur l'état de son épouse et de ses enfants. En l'an XII, il consulta le ministre de la Justice sur la conduite qu'il avait à tenir pour assurer leur état. Le ministre lui répondit le 5 germinal an XII (1) :

« Vous exposez que vous avez contracté un mariage *pen-*
» *dant votre émigration*, et vous demandez ce que vous devez
» faire *pour assurer à votre épouse* et à vos enfants les droits
» qui résultent de cet engagement. Le Code vous trace la
» marche que vous devez suivre (Art. 17) (2). S'il n'y a pas
» encore trois mois que vous êtes rentré en France, vous de-
» vez transcrire la célébration de votre mariage sur le regis-

(1) Cette lettre est rapportée dans le *Répertoire de Jurisprudence*, *verbo* du Mariage, sect. III, §. 1.

(2) Voici le texte de cet article : « Dans les trois mois, après le retour du » Français sur le territoire de la république, l'acte de célébration du ma- » riage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des » mariages du lieu de son domicile. »

» tre public des mariages du lieu de votre résidence ; si ce
» délai est écoulé, vous devez vous pourvoir devant le tribu-
» nal de première instance, pour obtenir un jugement qui
» ordonne cette transcription. » (1)

Il est bien évident, par cette réponse, que le ministre de la justice était persuadé, 1°. que le mariage contracté par le sieur Devesvrotte, pendant sa mort civile, était valable quant au lien ; 2°. que le rétablissement de celui-ci dans ses droits civils ou dans son premier état, rendait à son mariage les effets civils dont il était privé, en France, pendant la mort civile.

Si le ministre n'avait pas été bien convaincu de ces deux vérités, il n'eût pas manqué de répondre au sieur Devesvrotte : *Le mariage que vous avez contracté pendant votre émigration est nul, suivant les lois françaises ; ce n'est qu'en le renouvelant dans les formes légales que vous pouvez assurer l'état de votre épouse et de vos enfants* ; car on voit, par la lettre du ministre, que l'épouse était vivante. La réponse qu'il fit au sieur Devesvrotte eût été un véritable piége, s'il n'avait pas cru que le mariage contracté pendant l'émigration était valide.

Ainsi, lois anciennes, lois intermédiaires, discussions du Code devant le Conseil d'état, texte et esprit du Code, interprétation du Code par le ministre qui avait assisté à la discussion et soutenu l'ancienne doctrine, tout s'accorde à prouver que le Code a confirmé et adopté cette doctrine, fondée sur la nature même du mariage.

(1) M. Merlin ayant eu connaissance de cette lettre, en écrivit au ministre, qui lui répondit, le 25 novembre 1806, en lui envoyant copie de la lettre au sieur Devesvrotte. « Vous y verrez, disait-il, que j'ai indiqué au sieur Deves-
» vrotte les articles du Code qui fixent la manière dont on doit faire insérer
» en France, sur les registres de l'état civil, les mariages contractés dans l'é-
» tranger. Je ne me suis point occupé de la validité d'un pareil mariage ; cela
» regarde les tribunaux. »

Ce fragment de lettre est rapporté par M. Merlin, *ubi suprà*. Il le rapporte pour essayer de détruire la forte impression que produit la réponse au sieur Devesvrotte. On ne voit point ce que M. Merlin avait écrit au ministre. Il paraît qu'il avait voulu lui faire naître des doutes sur la validité du mariage des émigrés. Mais, sans déroger à l'opinion qu'il avait soutenue au Conseil d'état, et dans laquelle sa réponse au sieur Devesvrotte annonce qu'il persistait, le ministre se borne à répondre à M. Merlin ce qu'il devait répondre, et ce qui est très-vrai : « C'est aux tribunaux à juger de la validité d'un mariage :
» je me suis borné à citer les articles du Code ; » mais en est-il moins vrai que sa réponse à M. Devesvrotte annonce que son opinion était que les mariages des émigrés sont valides ? Il ne rétracte point cette opinion ; il se garde bien, dans sa lettre à M. Merlin, que nous ne voyons pas entière, de rien dire d'où l'on puisse induire qu'il en a changé.

Il n'a point exprimé, à la vérité, comme l'ordonnance de 1639, que le mariage contracté pendant la mort civile produit les effets civils par le rétablissement du condamné dans son premier état; mais il n'était pas besoin de l'exprimer. Les effets civils attachés à un mariage valable aux yeux de la loi, à un mariage qui n'était privé de ces effets que par une cause accidentelle, sont une suite nécessaire du rétablissement dans son premier état, de celui qui avait contracté ce mariage. Cette privation accidentelle cesse et doit cesser avec sa cause, au moins pour l'avenir, et sans retour pour le passé. On ne saurait, dans uu pays où les mariages qu'on nomme de la main gauche ne sont pas connus, concevoir qu'un homme et une femme portent publiquement le titre honorable d'époux légitimes, que la loi reconnaisse la légitimité de leur union, sans qu'elle produise les effets civils qui y sont attachés, lorsque la cause qui l'en privait a cessé.

Ces raisons acquièrent un poids immense quand on les applique aux mariages contractés dans l'étranger pendant l'émigration. C'est une maxime du droit des gens universellement reconnue, que la mort civile demeure concentrée dans les limites de la souveraineté où elle a été prononcée, parce que les jugements civils et criminels n'ont d'effets que dans le territoire de la souveraineté où ils ont été rendus. Cette maxime s'applique surtout à la mort civile encourue pour fait d'émigration. M. Merlin, car il nous fournit souvent des armes pour le combattre, M. Merlin établit avec beaucoup de force ce point de doctrine, et il le fit consacrer par un arrêt de la Cour de cassation du 1er. janvier 1806, rapporté dans son *Répertoire*, verbo *Jugement*, §. 8.

« Quand nous admettrions, dit-il dans ses conclusions, » que la mort civile encourue par condamnation étend ses » effets partout, quelle conséquence pourrait-on en tirer » relativement à la mort civile encourue par le seul fait d'é» migration? Que toutes les nations s'accordent à regarder » comme mort civilement celui qui l'est dans son domicile » par vœux solennels, ou par condamnation pour crime at» tentatoire à la sûreté générale du genre humain, cela se » conçoit; leur intérêt le veut ainsi, ou du moins n'est pas » blessé. Mais quelle raison y aurait-il pour une nation de » traiter comme mort civilement l'homme qui ne serait ré» puté tel dans son pays, que pour l'avoir abandonné, et » avoir préféré un sol étranger à son sol natal? Bien évi-

» demment, en le traitant comme mort civilement, elle agi-
» rait contre ses propres intérêts, qui tendent toujours, ou
» presque toujours, à appeler dans son sein l'industrie,
» l'argent, et par conséquent la population des contrées
» voisines. Aussi n'avons-nous traités comme tels, ni les An-
» glais, ni les Irlandais qui, venus en France à la suite de
» Jacques second, avaient, par cela seul, encouru la mort
» civile dans leur patrie, ni les Bataves qui, en 1787, s'é-
» taient réfugiés parmi nous, etc. » (1).

De là, M. Merlin conclut avec raison que les Français émigrés conservaient, dans les pays où ils se réfugièrent, le droit de s'engager valablement, et de faire entre eux tous les actes de la vie civile dans la nouvelle patrie, dans le nouveau domicile qu'ils s'étaient choisi; que les jugements rendus entre eux par les juges de ce nouveau domicile conservaient en France l'autorité de la chose jugée, et y étaient exécutoires en vertu d'une simple permission du juge. C'est ce que décida l'arrêt de la Cour de Cassation, du 7 janvier 1806, dont les motifs sont remarquables.

« Attendu, sur le premier moyen, que les émigrés Fran-
» çais *n'étaient réputés morts civilement que relativement à la*
» *France; qu'ainsi les peines prononcées contre eux en France*,
» *ne s'opposaient pas à ce qu'ils estassent en jugement dans les*
» *pays étrangers, etc.* »

Ce principe fut de nouveau consacré par la même Cour dans un arrêt du 16 janvier 1807, dont les considérants portent :
« Attendu que Du Tertre, père, étant décédé dans un pays
» étranger *où il n'était pas mort civilement*, ses enfants ont été
» valablement ses héritiers, etc. » (V. *Sirey*, an 1807, p. 127.)

C'est donc un principe constant, un principe reconnu, proclamé par la Cour de Cassation, que *les émigrés français n'étaient pas morts civilement* dans le pays où ils étaient allés demeurer.

Cela posé, ils pouvaient y contracter un mariage valable en suivant les formes du pays; la mort civile, encourue en France ne pouvait les en rendre incapables, par cela même qu'ils n'étaient pas morts civilement dans leur nouveau domicile. *Si les peines prononcées contre eux en France ne s'opposaient pas à ce qu'ils estassent en jugement dans les pays étrangers*, à ce qu'ils fissent des acquisitions, des échanges, des sociétés, etc., les mêmes peines ne pouvaient s'opposer à ce qu'ils contractassent des mariages.

(1) On pourrait ajouter : ni les Espagnols actuellement réfugiés en France.

Il serait même contre toute raison de prétendre, par exemple, que le bannissement à perpétuité qui entraînait la mort civile, condamnât les bannis à un célibat perpétuel, et les réduisît à ne pouvoir se marier légitimement dans la nouvelle patrie qu'ils choisissaient : aussi n'a-t-on par élevé cette prétention. Les mariages contractés par des émigrés dans le nouveau domicile qu'ils avaient choisi en attendant la fin de la tourmente révolutionnaire, y jouissaient de tous les effets civils, de tous les honneurs attachés au plus respectable des engagements. Le mari y jouissait des droits de puissance maritale et paternelle ; la femme, des droits attachés au titre d'épouse légitime ; les enfants, des droits de famille que donne la légitimité. Personne n'eût osé contester ces droits aux uns ou aux autres pendant leur demeure en pays étranger. Ils étaient époux, enfants légitimes dans tout le reste de l'Europe, dans tout le reste du monde ; et lorsqu'ils reviennent dans leur patrie avec le Souverain légitime, au sort duquel ils s'étaient attachés, pour l'amour duquel ils étaient exilés ; lorsque cette vie civile, que leur avait injustement ôtée la faction qui les avait bannis, leur est enfin rendue, ils perdraient néanmoins leur état et tous les droits qui le constituent ; leurs mariages, quoique célébrés suivant les lois (1) du lieu où ils étaient contractés, quoique élevés à la dignité de sacrement par la bénédiction ecclésiastique, cette union sainte, cette union indissoluble aux yeux de la loi et de la religion n'en perdrait pas moins toute sa force. L'un des époux devenu volage, pourrait quitter l'autre et contracter un nouvel engagement ; les enfants ne seraient plus que des bâtards, sans parents, sans famille, qui ne pourraient pas même succéder à leurs père et mère. Quel horrible renversement d'idées et de principes !

Sans doute, en revenant dans leur ancienne patrie, les émigrés n'y doivent pas porter le trouble, ni prétendre aux droits échus avant leur retour à la vie civile ; ces droits sont irrévocablement acquis à ceux qui les ont recueillis. La justice et la paix de la société l'exigent. C'est ainsi qu'ou l'a jugé dans tous les temps (2).

(1) Art. 170 du Code Civil. « Le mariage contracté en pays étranger entre » Français, et entre Français et étranger, sera valide, s'il a été célébré dans » les formes usitées dans le pays, etc. »

(2) Voyez l'arrêt rendu le 14 octobre 1659, par le parlement de Bretagne, sur les plaidoiries de notre savant Hevin, et rapporté par Duparc-Poullain, sur l'art. 610 de la coutume de Bretagne, n°. 7.

Mais quant aux droits inhérents à la personne et qui constituent l'état des hommes en société, les qualités d'époux ou d'enfants légitimes et tous les droits qui y sont attachés, il serait de la plus révoltante injustice d'en dépouiller sans nécessité ceux qui les ont acquis légitimement pendant leur exil. Il est évident que, du moment qu'ils sont rendus à la vie civile, ils doivent en jouir en France comme ils en jouissent chez l'étranger, mais sans retour sur le passé, sans préjudicier aux droits acquis à des tiers.

C'est aussi ce que veut la sage ordonnance du 21 août 1814, par laquelle « afin de ne laisser aux tribunaux et aux » corps administratifs aucun doute sur l'*état des personnes*, » et réserver spécialement le droit des tiers qui, en aucun » cas, *ne doivent être compromis*, »

Sa Majesté déclare que toutes les inscriptions sur les listes d'émigrés encore subsistantes sont et demeurent abolies, à compter du jour de la publication de la Charte constitutionnelle, et qu'en conséquence tous les Français qui *auraient été*, ou seraient *encore* inscrits sur les listes d'émigrés, exercent les droits politiques, *et jouissent des droits civils attachés à la qualité de citoyen*, sous la réserve expresse des droits *acquis à d'autres et sans y préjudicier*.

Au nombre des droits civils attachés à la qualité de citoyen, dont jouissent les émigrés depuis leur rétablissement, sont, sans contredit, au premier rang, les droits d'époux et de père, les droits d'enfants légitimes, les droits attachés à la légitimité, les droits de succéder et autres droits de famille, etc. L'ordonnance ne distingue pas entre les émigrés rentrés qui avaient acquis ces droits avant ou pendant leur exil. Comment donc, après une disposition aussi positive, est-il resté des traces si profondes du préjugé que l'arrêt du 16 mai 1808 avait élevé dans les esprits contre la validité et les effets des mariages contractés par les émigrés avant leur retour à la vie civile? Pour achever de déraciner ce préjugé, il suffira d'examiner les motifs de cet arrêt dont voici l'espèce :

Le sieur Griffon, émigré, épousa le 16 mars 1796, la demoiselle Marotte, d'Yeneux dans la Belgique, mais qui avait émigré, ainsi que lui, et qui était allée demeurer avec sa mère à Wittemberg. Le mariage fut célébré devant le curé de cette ville, où demeuraient les deux parties, avec toutes les formalités requises pour la validité. La demoiselle Marotte quitta sou mari pour revenir dans la Belgique, où

elle fut traduite devant une commission militaire, comme émigrée rentrée; mais elle fut acquittée. Elle écrivit plusieurs lettres au sieur Griffon, toujours sous la qualité d'épouse. Enfin Griffon fut amnistié, et fit transcrire l'acte de son mariage sur les registres de l'état civil; il voulut prendre l'administration des biens de son épouse qui le fit alors citer devant le tribunal civil de Liége, pour voir déclarer son mariage nul, comme contracté pendant la mort civile. Le tribunal rejeta sa demande, et la cour d'appel de Liége confirma le jugement par les motifs que les parties s'étaient mariées devant le curé de Wittemberg, où elles demeuraient, et que toutes les formalités requises dans ce pays pour la validité des mariages avaient été observées; qu'ainsi Griffon avait légitimement acquis la qualité de mari de l'appelante... « Attendu que le sénatus-consulte du 6 floréal an X, en permettant aux émigrés de rentrer en France, et en leur restituant tous les droits de citoyen, doit nécessairement les admettre à se représenter dans leur ancienne patrie avec toutes les qualités et tous les pouvoirs qu'ils avaient valablement acquis ailleurs, pourvu que ces qualités ne soient pas en opposition avec les lois existantes au temps de la rentrée; qu'il s'ensuit que l'intimé, en obtenant la permission de rentrer en France, a également reçu la faculté de s'y présenter avec la qualité de mari qu'il avait acquise; attendu que les effets de la mort civile dont les émigrés avaient été frappés pendant leur absence, ne peuvent s'appliquer qu'à l'exercice des droits politiques ou purement civils.... Qu'il serait contraire aux principes d'en inférer que ces émigrés auraient été incapables de consentir ailleurs qu'en France, des conventions fondées sur le droit de la nature et des gens, tels que sont les contrats de mariage, etc., etc., déclare le mariage bon et valable, etc.

Cet arrêt était conforme aux vrais principes de la raison : il était conforme aux dispositions de la déclaration de 1639, qui regardait les mariages contractés pendant la mort civile comme valables quant au lien, et qui leur rendait même les effets civils lorsque la mort civile avait cessé. Cependant la demoiselle Marotte se pourvut en cassation.

M. Merlin était alors procureur général. Il était resté fortement attaché à l'opinion de ceux qui pensaient que la mort civile doit rompre le lien du mariage précédemment contracté, et empêcher d'en contracter un qui soit valable, même *quant au lien.* Il porta la parole en cette affaire, et il

employa toute la sagacité de son esprit, toutes les ressources de sa dialectique et de son profond savoir pour faire triompher son opinion : ses efforts furent suivis du succès. Examinons ses motifs et ses raisonnements.

Il posa quatre questions : 1°. le sieur Griffon était-il, pendant l'émigration, en état de mort civile? 2°. S'il était dans cet état, le mariage qu'il contracta est-il nul aux yeux de la loi civile? 3°. Si ce mariage était nul dans son principe, a-t-il été validé par l'amnistie du sieur Griffon et de la demoiselle Marotte? 4°. A-t-il été validé par la reconnaissance de la qualité d'épouse faite par la demoiselle Marotte depuis sa rentrée en France?

Il est inutile de s'occuper ici de la première et de la quatrième question. Sur la deuxième, M. Merlin convenait que le mariage de la demoiselle Marotte, contracté avant la promulgation du Code, devait être jugé d'après les lois anciennes; il convenait encore que le mariage, *quant à ses effets purement naturels*, était rangé parmi les contrats du droit des gens; mais il soutenait que le mariage, par rapport *à ses effets civils*, était autrefois, comme aujourd'hui, considéré comme un contrat du droit civil. Pour le prouver, il invoqua les lois romaines qui défendaient à un citoyen romain d'épouser une étrangère. Il avouait que ces lois n'étaient pas suivies en Europe, et qu'il y avait en France des lois qui permettaient aux Français d'épouser des étrangères, mais non pas, disait-il, une personne morte civilement. On ne voit pas sur quoi il établissait cette restriction, manifestement mal fondée, puisque la mort civile ne suivait point le Français en pays étranger, et puisqu'en France même, suivant la déclaration de 1639, le mariage contracté par une personne morte civilement, était valide quant au lien, et produisait les effets civils par le rétablissement du condamné dans son premier état.

M. Merlin cita encore l'article de cette déclaration qui exclut de toute succession, comme incapables de succéder, les enfants procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par défaut; et joignant à cette loi d'anciens arrêts antérieurs, par lesquels des femmes qui avaient épousé des hommes condamnés au bannissement avaient été privées des droits de communauté, il en conclut que dans *l'ancienne jurisprudence*, « le mariage contracté » par un homme mort civilement n'était pas seulement *nul* » quant aux enfants qui en naissaient et qui ne pouvaient succé-

» der, mais quant aux époux eux-mêmes, et qu'il ne pro-
» duisait en faveur de ceux-ci aucun des effets que la loi
» civile attache à l'union conjugale. »

C'était changer l'état de la question. Il est certain que les mariages contractés pendant la mort civile étaient privés des *effets civils*, tant à l'égard des époux que des enfants ; mais étaient-ils nuls quant au lien ?

M. Merlin fut forcé de convenir qu'ils étaient valables ; il avouait « que, dans l'ancienne jurisprudence, le ma-
» riage contracté en état de mort civile était du moins va-
» lable en ce sens que, tant que vivaient les deux époux,
» ni l'un ni l'autre ne pouvait contracter un second ma-
» riage avec une personne tierce (1). »

» *Le fait est vrai*, dit-il (2) ; comment donc répondre à
» cette objection accablante ?

» C'est, poursuivit-il, parce que dans notre ancien droit
» le mariage était considéré par la loi civile elle-même sous
» deux rapports distincts, comme *sacrement*, et comme
» *contrat* ; c'est parce qu'elle n'annulait que comme *contrat*,
» et qu'elle laissait subsister comme *sacrement*, le mariage
» formé entre deux personnes dont l'une était morte civi-
» lement.

» Mais, aux yeux de nos lois actuelles, le mariage est-il
» encore sacrement ? Non, ou du moins ce n'est plus comme
» sacrement qu'elles l'envisagent.... La loi ne considère le
» mariage que comme un *contrat civil*, dit l'Acte constitu-
» tionnel de septembre 1791, titre 2, art. 7.

» Ainsi, dans l'état actuel de notre législation, conclut
» M. Merlin, les tribunaux ne peuvent plus, dans un ma-
» riage contracté par une personne morte civilement, dis-
» tinguer le *sacrement* du *contrat civil*, ils ne peuvent plus,
» en l'annulant comme *contrat civil*, le maintenir comme *sa-*
» *crement*. »

Il n'est pas un seul de ces raisonnements qui ne soit inexact ; et d'abord il n'est pas vrai que l'indissolubilité du mariage ne

(1) M. Merlin dit encore dans le *Répertoire*, *verbo Mariage*, sect. II, §. 1, n°. 6.

« La mort civile ne dissout point le mariage ; elle le laisse subsister quant au lien. Quand il aurait été condamné à être roué et exécuté par effigie (disait Le Maître plaidant pour Sarlet), l'appelante aurait-elle pu se remarier ? le lien du mariage, qui joint réellement et naturellement un mari et une femme, se peut-il rompre sans aucun empêchement de droit, autrement que par une mort naturelle, etc. »

(2) V. le *Répertoire*, *ib.*, sect. III, §. 1, fol. 38.

fût considérée en France que par rapport au *sacrement*. On a voulu y introduire cette fausse doctrine; mais elle y fut proscrite solennellement dans la célèbre affaire du juif Borach Lévi et de Mandel Cerf, sa femme. Il l'avait épousée à Haguenau; il avait depuis abjuré le judaïsme pour embrasser la religion chrétienne. Sa femme refusa de venir en France habiter avec lui. Il demandait à se remarier : on soutenait pour lui, comme M. Merlin le soutint à la Cour de cassation, que l'indissolubilité du mariage ne provenait que du *sacrement*. C'était l'opinion de plusieurs canonistes; mais elle fut proscrite par un arrêt solennel rendu au parlement de Paris le 2 janvier 1758 (1).

On tenait donc pour maxime en France que l'indissolubilité est le caractère de tous les mariages de ceux qui n'ont pas reçu la bénédiction ecclésiastique, aussi bien que de ceux qui l'ont reçue; en un mot, que ce n'est point le *sacrement* qui imprime au mariage le caractère de l'indissolubilité (2).

M. Merlin lui-même établit et développe cette doctrine dans son *Répertoire*, *verbo Mariage*, sect. 1, §. 1, n°. 3.

Ce n'est donc point parce que les lois françaises considéraient le mariage comme sacrement que la mort civile n'en rompait pas le lien, et ne l'empêchait point de se former, c'est parce qu'outre le sacrement, elles distinguaient deux choses dans le mariage, le *contrat naturel* et les *effets civils* qui en découlaient. Cette doctrine a toujours été professée par M. Merlin lui-même, avant qu'il eût entrepris de soutenir et de faire juger la nullité des mariages contractés par les émigrés. Nous avons déjà cité le passage de ses Questions de droit, *verbo Emigrés*, §. 3, où il enseigne que, *avant le Code*, la loi distinguait dans « le mariage deux choses, *le contrat* qui était » formé par le consentement des parties, et les *effets* qui en » découlaient.

» *Le contrat tenait uniquement au droit des gens*, et de même » qu'un contrat ordinaire n'est point dissous par la condam- » nation à une peine emportant la mort civile de l'une des » parties qui l'ont souscrit, de même aussi, *avant le Code*,

(1) Voyez Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n°s. 501 et suivants. Le Nouveau Denisart, *verbo Divorce*; Duparc-Poullain, dans ses *Principes*, t. I, p. 137, n°. 52.

(2) « Ce n'est pas parce que le mariage des fidèles a été élevé à la dignité de sacrement qu'il est indissoluble; mais c'est au contraire, parce qu'il est indissoluble, qu'il a été élevé à la dignité de sacrement, dit Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, n°. 501.

» le contrat de mariage ne l'était point de plein droit par » l'émigration ; il en était autrement des *effets purement civils*, etc. »

Voilà donc la distinction du contrat naturel et des effets civils du mariage, indépendamment du sacrement, bien nettement établie et reconnue par M. Merlin. Remarquez qu'il soutient même qu'elle a subsisté jusqu'à la promulgation du Code.

Mais, pour faire annuler le mariage de la demoiselle Marotte, il fallait que cette distinction eût été abolie bien *avant le Code*, et M. Merlin l'a soutenu.

Il prétend qu'elle a été abolie dès 1791 par l'acte constitutionnel qui porte que *la loi ne considère le mariage que comme contrat civil.* Donc, dit M. Merlin, le mariage n'étant plus qu'un *contrat civil*, ne peut plus être contracté par un émigré mort civilement. Voilà donc M. Merlin en contradiction, en ce qu'il soutient que, depuis 1791, le mariage n'est plus considéré que comme un *contrat civil*, tandis que, dans ses Questions de droit, il soutient que, *avant le Code*, et par conséquent jusqu'au Code, on distinguait le *contrat naturel* qui tenait *uniquement au droit des gens*, des effets purement civils du mariage.

Mais écartons cette contradiction. M. Merlin a évidemment abusé des mots, en disant que, depuis la Constitution de 1791, la loi ne considère plus le mariage que comme un *contrat civil*, et qu'elle ne reconnaît plus le *contrat naturel* ou du droit des gens.

Personne n'ignore qu'autrefois, en France, tous les mariages étaient célébrés devant le propre curé qui était à la fois ministre du contrat au nom de l'État, et ministre du sacrement au nom de l'Église. Cette confusion de deux pouvoirs différents dans la même personne, en produisit une dans les idées et dans les principes : on en vint au point que, depuis l'ordonnance de Blois, on ne reconnut plus pour légitimes et produisant les *effets civils*, que les mariages contractés en face d'Église : on n'excepta même pas les mariages des protestants et des non-catholiques qui se trouvèrent ainsi placés dans la cruelle alternative ou de profaner, par des conversions simulées, le sacrement auquel ils ne croyaient point, afin de pouvoir se marier en face d'Église ; ou de compromettre l'état de leurs enfants, en contractant devant leurs ministres des mariages frappés d'avance de nullité par les lois existantes.

Des réclamations s'élevèrent de toutes parts, et l'on reconnut enfin que les institutions civiles et religieuses qui régissaient le mariage, pouvaient et devaient être séparées; que le contrat et le sacrement étaient deux choses distinctes dans leur origine et qu'il ne fallait pas confondre. Louis XVI chargea des magistrats instruits, à la tête desquels était le vertueux Lamoignon de Malesherbe, de rédiger l'édit de septembre 1787, par lequel il fut reconnu que le *droit naturel* ne permet pas au législateur de refuser, à ceux qui ne professent pas la religion catholique, la faculté de faire constater civilement leurs mariages, afin de jouir comme tous les autres citoyens des effets civils qui en résultent; ils furent en conséquence autorisés à se marier devant un officier de justice civile.

Le contrat fut donc, à l'égard des non-catholiques, séparé du sacrement qui, dans l'origine, n'y était pas uni. Cependant, la même loi ordonne que les mariages des catholiques continueraient d'être tels qu'ils étaient auparavant, et ne pourraient, dans aucun cas, être constatés que suivant les rits et les usages de la religion, autorisés par les ordonnances.

Mais l'assemblée Constituante ayant proclamé le liberté des cultes, la loi ne pouvait plus, sans inconséquence, ordonner aux citoyens de faire bénir leurs mariages suivant les rits d'une religion particulière. On sépara donc, pour tous les citoyens indistinctement, le *contrat* du *sacrement*, et la Constitution de 1791 déclara que « la loi ne considère le » mariage que comme un contrat civil. »

Tel est le véritable sens de cette disposition. Ce n'est point par opposition au contrat naturel, comme voudrait l'insinuer M. Merlin en jouant sur les mots, que la loi ne considère plus le mariage que comme *contrat civil*, c'est par opposition au sacrement. Ainsi, depuis 1791, comme auparavant, on continua de distinguer deux choses dans le mariage, abstraction faite au sacrement, le contrat qui, comme l'insinue M. Merlin dans ses Questions de droit, *tient uniquement au droit des gens*, et les effets *purement civils* qui sont *l'ouvrage de la loi seule*. La mort civile n'empêchait point le contrat naturel de se former, parce qu'il tient au droit des gens; elle ne rompait point le lien de ce contrat avant le Code Civil, et *ce qui le prouve sans réplique*, *c'est que l'émigration était rangée*, *par la loi du* 20 *septembre* 1792 (et par celle du 24 vendémiaire an III), *au nombre des causes déterminées du di-*

vorce. Ce sont les propres expressions de M. Merlin. *Questions de droit*, *verbo Emigré*, §. 3.

M. Merlin ne dissimule pas que c'est ici le plus fort raisonnement contre son opinion.

Il prétend, et c'est le fond de sa défense ou de son attaque, que les tribunaux ne peuvent plus, depuis 1791, considérer le mariage que comme *un contrat civil*, sans aucun égard pour le contrat naturel ou du droit des gens qui reste sans sanction, même quant au lien, et qu'ainsi la mort civile rompt ce lien, de même qu'elle détruit les effets *purement civils* du mariage. Or, voilà qu'une loi de vendémiaire an III, exige, pour rompre ce lien, un divorce légalement prononcé. Il est donc vrai que la mort civile ne faisait que détruire les effets civils du mariage, et qu'elle n'en rompait pas le lien de plein droit, comme il l'enseigne dans ses Questions de droit. Que répond-il à cela? Employons ses propres expressions, afin qu'on ne nous taxe pas d'avoir affaibli sa réponse :

« Si les mariages contractés avant l'émigration n'ont pas conservé leurs effets pendant l'émigration, bien certainement..... ils étaient, pendant l'émigration, rompus civilement.

» D'où vient donc qu'alors la loi assujettissait aux forma-
» lités du divorce, l'époux de l'émigré qui voulait recouvrer
» sa pleine liberté, et former de nouveaux nœuds? C'est
» qu'elle *conservait encore sa sanction au contrat naturel* qui
» est la première base, la base essentielle du mariage; c'est
» qu'elle laissait encore à ce *contrat naturel* assez de force
» pour se maintenir, tant que le divorce ne viendrait pas le
» dissoudre.

Il est bien évident que cette réponse suffit pour frapper par sa base, tout le système de M. Merlin, puisqu'il convient que, depuis 1791, la loi conservait *sa sanction au contrat naturel* du mariage, et que le divorce était nécessaire pour en rompre le lien. Voici donc une autre réponse à la question qui se fait : pourquoi la loi assujettissait-elle aux formalités du divorce, l'époux de l'émigré, qui voulait recouvrer sa pleine liberté? « C'est, dit-il (et il faut ici révéler *le secret de la*
» *politique du Législateur*) parce que la loi voulant habituer
» les Français au divorce, a pensé que, pour y parvenir,
» il fallait en multiplier les exemples, et que le moyen le
» plus sûr d'amener des divorces fréquents, et, pour ainsi
» dire, journaliers, c'était d'astreindre les époux des émi-

» grés qui étaient restés en France, à la règle générale, » qui, pour faire cesser un mariage légalement contracté, » n'admet pas d'autre voie que le divorce. »

Cette réponse se réduit à ceci : Si la loi de vendémiaire an III, exige le divorce pour rendre la pleine liberté aux époux émigrés qui étaient restés en France, ce n'est pas que le Législateur crût le divorce nécessaire pour rompre le lien du mariage, c'est qu'il voulait habituer les Français au divorce. Si ce motif ne se trouve point exprimé dans la loi, *c'était le secret de la politique du Législateur.* Nous nous abstiendrons de toute réflexion sur cette réponse dont la faiblesse est trop évidente.

M. Merlin le sentait mieux que personne. Il essaya donc de se tirer d'embarras par une distinction spécieuse entre les mariages contractés avant l'émigration, et les mariages contractés pendant l'émigration. Dans le premier cas, il y a eu un mariage aux yeux de la loi, comme aux yeux de la nature; la loi civile ne le considère plus quant aux effets civils, mais elle le maintient comme un contrat naturel, parce que, dans le principe, il a eu son approbation.

Dans le second cas, il n'y a eu de mariage qu'aux yeux de la nature, il n'y en a point eu aux yeux de la loi; elle n'a point pris part à sa formation, elle n'a point donné sa sanction au contrat naturel, qui seul le constitue. En un mot, il n'est rien pour elle.

La déclaration de 1639 répond d'avance, d'une manière péremptoire, à cette distinction, puisqu'elle reconnaît la validité, quant au lien, des mariages contractés depuis la mort civile, et qu'elle les prive seulement des effets civils, *si, avant leur décès, les époux n'ont été remis dans leur premier état suivant les lois.* Or, le sieur Griffon et la demoiselle Marotte avaient été remis dans leur premier état par l'amnistie. Ainsi, pressé entre la loi de vendémiaire an III, qui reconnaît que le lien du mariage contracté avant la mort civile n'est dissous que par le divorce, et la déclaration de 1639 qui reconnaît valable, quant au lien, le mariage contracté pendant la mort civile, et qui lui donne même les effets civils, si les époux sont remis dans leur premier état suivant les lois, il semblait difficile à M. Merlin de répondre. Il le fit cependant, en soutenant avec beaucoup d'assurance que la déclaration de 1639 ne s'appliquait qu'au cas où l'individu mort civilement avait été condamné par contumace, et se présentait ensuite, pour être jugé. Voici sa réponse :

» L'article 6 de la déclaration de 1639, dit-il, admet à » succéder les enfants nés de mariages contractés après des » jugements par contumace, emportant peine de mort, lors- » que les condamnés ont été *avant leur décès, remis au même* » *état suivant les lois*. Donc, la réintégration du condamné » par contumace, dans son premier état, légitime de plein » droit le mariage que ce condamné avait contracté pendant » la durée de sa peine; donc, par identité de raison, la réin- » tégration de l'émigré, dans ses droits de citoyen, doit aussi » légitimer le mariage qu'il a contracté pendant son émigra- » tion.

» Mais, comment, ajoute M. Merlin, un condamné *par* » *contumace* peut-il être remis au même état où il était avant » sa condamnation? Il ne peut y être remis qu'en se repré- » sentant, qu'en se constituant prisonnier.

» Le sens de l'art. 6 de la déclaration de 1639 est donc » *uniquement*, que le mariage contracté par un condamné » à mort *par contumace*, devient valable, quant à tous ses » effets civils, lorsque le condamné se présente pour être » jugé contradictoirement. Il n'est pas étonnant qu'en ce cas, » son mariage, nul dans son principe, soit validé de plein » droit, c'est qu'alors il est réputé n'avoir jamais été con- » damné par contumace; c'est qu'alors sa représentation » anéantit sa condamnation, non, comme disent les juris- » consultes, *ut ex nunc*, mais *ut ex tunc*.

» Mais en est-il de même de l'émigré qui a obtenu un bre- » vet d'amnistie? Non, assurément. Le brevet d'amnistie » fait bien cesser la mort civile de l'émigré, mais il n'empê- » che pas que l'émigré n'ait été mort civilement pendant » tout le temps qu'a duré son émigration; et en deux mots, » la représentation des condamnés par contumace a un effet » rétroactif; le brevet d'amnistie n'en a point. »

Cette réponse que nous avons copiée pour éviter le soup- çon de l'avoir affaiblie, pèche par son fondement. Il n'est pas vrai que l'art. 6 de la déclaration de 1639 s'applique *uniquement* aux condamnés *par contumace*, qui se repré- sentent pour être jugés contradictoirement. Elle s'applique d'abord et principalement à ceux qui ont été condamnés con- tradictoirement, et qui ont ensuite été remis en leur premier état. La preuve en est dans le texte même de la loi qui porte, art. 6.

« Voulons aussi que la même peine (d'incapacité de suc- » céder) ait lieu contre les enfants procréés par ceux qui se

» marient après avoir été *condamnés* à mort, *même* par les
» sentences de nos juges, rendues par défaut, si, avant
» leur décès, ils n'ont été remis en leur premier état suivant
» les lois. »

Si la loi s'applique aux condamnés, même par contumace ou par défaut, elle s'applique donc d'abord aux condamnés contradictoirement. Ces expressions *même par défaut*, ne sont manifestement ajoutées que pour empêcher de soutenir que la loi et la peine qu'elle prononce, ne s'appliquaient qu'aux condamnations contradictoires, et non aux condamnations par contumacc. Cela est évident : personne n'en a jamais douté, et le plus sûr, le plus suivi de nos canonistes, d'Héricourt, que nous avons cité plus haut, s'en explique positivement. « Ceux, dit-il, qui sont morts civilement, ayant été con- » damnés, ou *contradictoirement* ou par *contumace*, à une » peinc qui emporte la mort civile, peuvent se marier vala- » blement, etc., etc. »

M. Merlin est le premier qui pour se tirer d'embarras, ait prétendu limiter l'effet de la loi aux condamnés par contumace.

Il n'est pas encore vrai que les condamnés ne pussent être remis dans leur premier état, qu'en sc représentant à la justice. La mort civile pouvait cesser de deux manières, par lettres du Prince, ou par la loi. Celui qui obtenait des *lettres d'abolition* rentrait dans tous ses droits, cessait d'être mort civilement, et redevenait pleinement citoyen, dit Richer, *Traité de la mort civile*, pag. 520.

Les *lettres de pardon* dûment entérinées relevaient de la mort civile, si elle avait été encourue, et de *tous ses effets*. *Ib.*, 522.

Les lettres de *rappel de ban*, qui ont une analogie parfaite avec l'amnistie accordée aux émigrés, rendent la vie civile à celui qui l'avait perdue par la condamnation au bannissement perpétuel; puisqu'elles *font cesser la peine*, *elles font nécessairement cesser l'effet*, dit encore Richer, p. 523.

Il n'est donc pas vrai que la mort civile, même du contumace, ne peut cesser que par sa représentation à la justice. Il n'est donc pas vrai que son mariage, *nul dans son principe*, ne soit validé que par l'effet rétroactif de son rétablissement. C'est uniquement parce que le mariage contracté pendant la mort civile était *valable* dans son principe, comme dit d'Héricourt, et parce que la privation des effets civils, n'étant qu'accidentelle, devait cesser avec sa cau-

se. Ajoutez à cela que les émigrés n'étant pas morts civilement en pays étranger, le mariage qu'ils y ont contracté ne peut être considéré comme contracté en état de mort civile.

Mais, répond M. Merlin, prétendre que le mariage contracté par les émigrés en pays étranger doit être valable partout, parce qu'ils n'étaient pas morts civilement dans le lieu où il a été célébré, *c'est se jouer de tous les principes, c'est fronder les maximes les plus constantes du droit public.*

Nous pensons, au contraire, que c'est en faire la plus juste application. Les émigrés, bannis de France à perpétuité, n'étaient plus citoyens français : ils étaient étrangers pour la France. Ils ont donc pu, comme les étrangers, contracter un mariage suivant les lois de leur nouvelle patrie. Comment soutenir que ces mariages, valables et légitimes chez l'étranger et dans tout le reste du monde, deviennent nuls par leur rappel en France? que les enfans qui en sont nés, légitimes dans le reste de l'univers, ne sont en France que des enfans naturels? qu'ils n'y peuvent rentrer sans perdre leur légitimité et devenir bâtards.

Mais, dit M. Merlin, les condamnés pour crime à une peine emportant la mort civile n'étaient pas autrefois morts civilement en pays étranger; cependant les mariages qu'ils y contractaient n'étaient pas valables en France : *jamais l'esprit de système ne s'est enhardi jusqu'à tirer une conséquence aussi monstrueuse.*

Donc, *à pari*, le mariage contracté par les émigrés n'est pas valable en France.

Il n'y a d'imposant dans ce raisonnement que l'assurance avec laquelle il est avancé. Quand on voit un raisonneur aussi fort que M. Merlin s'abaisser à la déclamation, on peut être bien assuré qu'il est rendu. Ce n'est point *l'esprit du système* qui a établi que les mariages contractés par des condamnés pour crime à une peine emportant la mort civile, sont valables quant au lieu; c'est la loi même qui en reconnaît la validité ; ce sont les conséquences justes et naturelles qu'en ont tirées tous les auteurs.

Enfin, pour établir la nullité des mariages contractés pendant l'émigration, M. Merlin invoqua le procès verbal des conférences tenues au conseil d'État, sur la discussion du Code; mais il passa prudemment sous silence la discussion de l'art. 25, relatif aux effets de la mort civile, dans les séances des 16 et 24 thermidor an IX, discussion de laquelle il ré-

sulte, comme nous l'avons fait voir plus haut, qu'on rejeta l'opinion de ceux qui voulaient que la mort civile rompît le lien du mariage et l'empêchât de se former. Le voile qu'étendit M. Merlin sur cette importante et décisive discussion, prouve assez combien il sentit la difficulté d'y répondre ; mais il eut recours à un artifice assez adroit pour donner le change aux magistrats qui l'écoutaient. Il invoqua, comme siége de la matière, la discussion de l'art. 16, qui avait eu lieu dans les séances des 6 et 14 thermidor an IX.

Cet article porte aujourd'hui : « Tout enfant né d'un » Français en pays étranger est Français. Tout enfant né » en pays étranger d'un Français qui aurait perdu la qua- » lité de Français, pourra toujours recouvrer cette qualité, » en remplissant les formalités prescrites par l'article 9, » c'est-à-dire, en faisant sa soumission de fixer son domicile en France.

Dès ici, l'ont voit d'avance que, dans la discussion de ce article, il ne pouvait guère être question de la validité du mariage des émigrés, de leur capacité ou incapacité de contracter un mariage pendant l'émigration.

Dans la séance du 6 thermidor, page 16 du procès verbal, M. Boulay au nom de la commission de législation, proposa ainsi la rédaction de cet article :

« Tout enfant, né en pays étranger, d'un Français, est » Français. Celui, né en pays étranger, d'un Français qui » avait abdiqué sa patrie, peut toujours recouvrer la qua- » lité de Français, en faisant la déclaration qu'il entend » fixer son domicile en France.

» Cette déclaration doit être faite sur le registre de la » commune où il vient s'établir. »

Page 20, M. Duchâtel attaqua la seconde partie de l'article, il s'opposa à ce que le fils d'un Français qui a abdiqué sa patrie, fût considéré comme Français. Il se fonda sur ce que celui qui est né d'un père qui n'est plus Français, ne peut être qu'un étranger soumis aux conditions imposées aux étrangers, pour acquérir la qualité de Français qu'on ne peut tenir d'un père qui l'a perdue.

Cette opinion fut combattue, et rien ne fut arrêté.

Dans la séance du 14 thermidor an 9, la discussion se renouvela sur le même article. M. Berlier observa, pag. 42, que l'enfant, né en pays étranger, d'un père qui avait abdiqué la France, n'est pas Français, mais étranger. La conséquence était qu'il ne pouvait *recouvrer* la qualité de Fran-

çais, mais seulement l'acquérir en suivant le mode établi pour les étrangers. C'était principalement contre les enfants d'émigrés que se dirigeait l'opposition. M. Berlier observait qu'il serait peut-être plus prudent de ne les admettre à devenir Français que suivant le mode établi pour les étrangers.

La question était donc de savoir, non pas si ces enfants étaient légitimes, non pas si les mariages de leurs pères et mères étaient valables, mais s'ils devaient être considérés comme Français d'origine ou étrangers. Il s'agissait, disait M. Boulay, p. 42 et 43, de distinguer de l'étranger, l'enfant né depuis l'abdication de son père; distinction qu'il trouvait juste : *car le fils ne doit pas porter la peine d'une abdication à laquelle il n'a pas concouru.*

D'autres membres voulaient rejeter cette distinction par haine contre les émigrés.

Le premier Consul demanda ce qu'était aujourd'hui le fils d'un émigré, et s'il succédait.

Le Consul Cambacérès dit que le fils né dans l'étranger, *depuis l'émigration*, n'était point Français, parce qu'il sortait d'un père frappé de mort civile, et qui dès-lors n'avait pas pu lui transmettre une qualité qu'il n'avait plus. Le fils suit la condition de son père, etc.

Remarquons bien qu'il s'agissait si peu de prononcer sur la validité des mariages contractés par les émigrés, que la distinction que l'on proposait de faire entre les enfants nés avant l'émigration, *et les enfants nés depuis l'émigration*, ne s'appliquait qu'aux enfants nés d'un mariage contracté *avant l'émigration*; les enfants, nés de ce mariage avant l'émigration, auraient conservé la qualité de Français d'origine; les enfants nés depuis dans l'étranger, ne l'auraient jamais eue. Leur père qui l'aurait perdue, n'aurait pas pu la leur transmettre. C'est uniquement sur ce point que roulait la discussion.

Le premier Consul dit, page 44, que pour décider la question, il convenait de se fixer d'abord sur le point de savoir si l'enfant né d'un émigré *depuis son émigration*, doit être considéré comme le fils d'un Français qui a abdiqué sa patrie, ou comme le fils d'un individu mort civilement. Car, dans ce cas, la disposition de l'article ne s'appliquerait pas aux enfants d'émigrés, c'est-à-dire, qu'ils ne seraient pas *Français d'origine.*

Le conseil fut d'avis que les émigrés doivent être considérés comme morts civilement.

Le premier Consul en conclut que la loi ne peut reconnaître pour ses enfants que ceux qui existaient *au moment de l'émigration*.

M. Regnault demanda que ce principe fût énoncé dans la loi, parce que, dans l'usage, on tient *pour valable* le mariage contracté *par l'émigré depuis son émigration*, et que les enfants qui en naissent, sont regardés comme légitimes. Cette énonciation ne fut point faite; mais le principe de la validité du mariage contracté depuis l'émigration ne fut pas contesté.

Le consul Cambacérès proposa une nouvelle rédaction en ces termes : « Tout individu, né en pays étranger, d'un » Français qui aurait abdiqué sa patrie, pourra toujours » recouvrer la qualité de Français, en faisant sa déclaration » qu'il entend fixer son domicile en France, ».

C'est cette rédaction qui a passé dans l'art. 10 du Code. Elle avait pour objet, suivant le consul Cambacérès, d'empêcher qu'on ne donnât au Code un effet rétroactif : « La » loi ne disposant que pour l'avenir, disait-il, le sort des » Français non émigrés qui sont actuellement chez l'étranger » se trouvera réglé par les anciens principes, le Code civil » ne pourrait changer leur condition. »

Il est bien évident, par cette discussion, que la question de la validité du mariage des émigrés, ne fut ni agitée, ni résolue dans ces séances; et l'on peut être surpris d'entendre M. Merlin s'écrier d'un air de triomphe : Conçoit-on, d'après cela, « comment pourrait être légitime le mariage » qui a été contracté le 16 mai 1796, entre le sieur Griffon » et la demoiselle Marotte? »

Ce qui est inconcevable, c'est qu'un jurisconsulte de la force de M. Merlin ait cru voir, dans cette discussion, que le mariage, contracté depuis l'émigration, est nul quant au lien; ce qui est également inconcevable, c'est qu'il ait passé sous silence la discussion de cette dernière question agitée dans les séances des 16 et 24 thermidor, dont nous avons rapporté ci-dessus les résultats.

Enfin, et c'est ici sa dernière objection, M. Merlin prétend qu'un avis du conseil d'état, approuvé le 26 fructidor an XIII, reconnaît qu'avant la réintégration des émigrés dans leurs droits de citoyen, ils n'ont pas pu se marier; que les mariages contractés par eux avant le sénatus-consulte du 6 floréal an X, ne peuvent être regardés que comme nuls, comme ne produisant aucun effet civil. Voyons si M. Merlin

est plus heureux dans la conséquence qu'il tire de cet avis, que dans celle qu'il a tirée de la discussion de l'art. 16 du Code.

Le conseil d'état était consulté sur deux questions. Première Question : « Les émigrés amnistiés par le sénatus-con-
» sulte du 6 floréal an X sont-ils censés réintégrés dans leurs
» droits civils, à dater de cette époque, ou seulement de celle
» de leur certificat d'amnistie?

Seconde question : « Les contestations qui peuvent avoir
» lieu entre eux et leurs parents républicoles sur les succes-
» sions ouvertes dans cet intervalle, sont-elles de la compé-
» tence de l'autorité administrative?

La première question était très-importante pour les émigrés amnistiés et pour leurs enfants. Les certificats d'amnistie ne furent délivrés souvent que plusieurs années après le sénatus-consulte.

Dans cet intervalle, il était échu des successions aux émigrés à qui l'amnistie était promise. Plusicurs étaient décédés avant d'avoir reçu leurs certificats ; plusieurs encore laissaient des enfants nés de mariages contractés depuis. Il ne s'agissait pas de savoir si ces mariages étaient valables ou non ; mais uniquement de savoir à qui devaient appartenir les successions ouvertes dans l'intervalle du sénatus-consulte et de la délivrance des certificats d'amnistie. Voici ce que le conseil décida :

« Considérant, sur la première question, que le sénatus-
» consulte a établi entre la personne et les biens de l'amnis-
» tié une distinction dont il convient de faire ici l'applica-
» tion ; que l'article, en rendant aux amnistiés leurs droits
» de citoyen, peut bien faire considérer *comme valables les*
» *mariages et autres contrats civils* qu'ils ont faits depuis le
» sénatus-consulte, mais sans déroger à l'art. 13 qui ne les
» considère comme réintégrés dans leurs biens que pour les
» parties exceptées de la confiscation, et ne leur en attribue
» les fruits que du jour de la délivrance de leur certificat
» d'amnistie ;

» Est d'avis que les actes de l'état civil et autres que
» l'amnistié a pu faire depuis le sénatus-consulte du 6 flo-
» réal an X, quoique antérieurement à la délivrance de son
» certificat d'amnistie, sont valables *quant aux capacités civi-*
» *les,* mais sans dérogation à l'art. 17 du même sénatus-con-
» sulte, concernant ses biens et *droits y relatifs.* »

Ainsi, les mariages contractés depuis le sénatus-consulte, mais avant la délivrance du certificat d'amnistie, *sont valables*,

quant aux capacités civiles, c'est-à-dire, qu'ils produisent *tous les effets civils*, droits de communauté pour les époux, droits de successibilité pour les enfants, mais sans déroger à l'art. 17 qui ne rend aux amnistiés leurs biens et *droits y relatifs*, que du jour de la délivrance du certificat d'amnistie. Ainsi, les enfants issus de ces mariages n'auront pas aux successions ouvertes avant cette délivrance plus de droits, que n'en avait leur père décédé avant cette dernière époque.

Quant aux mariages contractés avant le sénatus-consulte et pendant l'émigration, le conseil ne s'en occupa pas, parce qu'ils restent dans l'état où ils étaient par la législation antérieure, *valables* quant au lieu, mais *privés des effets civils* jusqu'à l'entier rétablissement des époux dans leurs droits civils et dans leurs biens.

Il est vraiment étonnant que M. Merlin ait cru pouvoir conclure de cet avis que le conseil reconnaissait comme nuls, quant au lien, les mariages contractés pendant l'émigration.

Ainsi discutés et examinés l'un après l'autre, tous les moyens, toutes les objections de M. Merlin nous paraissent d'une faiblesse évidente : cependant il les exposa avec tant d'art et d'assurance à la Cour de Cassation, qu'elle les accueillit, et cassa l'arrêt de la Cour de Liége par un arrêt du 16 mai 1808, rapporté dans le *Répertoire*, 3e. édit., *verbo Mariage*, section 3, §. 1, no. 3, à la suite du Plaidoyer de M. Merlin.

Nous croyons avoir établi 1o. que, suivant les lois anciennes, suivant les lois intermédiaires, et enfin, suivant le texte de l'esprit du Code, la mort civile des émigrés ne rompt pas le lien du mariage, et ne l'empêche pas de se former; que les mariages des individus frappés de mort civile, valables quant au lien, produisaient et produisent les effets civils par le rétablissement des époux dans leur premier état, ou dans leurs capacités civiles.

2o. Qu'aucun des motifs sur lesquels est fondé l'arrêt du 16 mai 1808 qui a jugé nuls, quant au lien, les mariages contractés par les émigrés pendant leur mort civile, ne peut soutenir l'examen de la raison. D'où il faut conclure que cet arrêt solitaire, contraire aux lois et aux principes, ne peut servir de règle aux tribunaux.

La démonstration nous paraît complète.

Nous ne devons pas dissimuler, en finissant, qu'un savant magistrat, M. le procureur-général actuel près la Cour

de Cassation, dans le Plaidoyer sur lequel fut rendu l'arrêt du 15 février 1816, dans l'affaire du mineur Alfred d'Orsay, au lieu de combattre la décision de l'arrêt du 16 mai 1808, la déclara *conforme aux principes*; il faut bien remarquer qu'il n'avait point à traiter en point de droit la validité du mariage des émigrés pendant la mort civile, mais seulement la question de savoir si la bonne foi de la demoiselle Franquemont, Allemande de nation, qui avait épousé à Francfort-sur-le-Mein, le baron d'Orsay, émigré, ne donnait pas à l'enfant issu de ce mariage tous les effets attribués par la loi aux mariages *putatifs*, et par conséquent le droit de succéder à la dame de Trasegnies, sa tante. C'est de ce point que dépendait le succès de l'affaire : ce fut aussi celui que traita M. le procureur-général. Il ne fit qu'effleurer ou plutôt indiquer l'autre question. La question de bonne foi fut aussi la seule à laquelle s'attacha, la seule que décida la Cour de Cassation : elle considéra que « la bonne foi de l'un des » époux a de tout temps (1) constitué la légitimité des en- » fants issus du mariage putatif, etc.

» Qu'il a toujours été également de principe que la légi- » timité des enfants est indivisible, et que la légitimité » est la source de la successibilité. »

On ne peut donc argumenter de ce nouvel arrêt contre la validité du mariage contracté par les émigrés en pays étranger, et nous osons penser que, si la question se présentait une seconde fois à la Cour de Cassation, si elle était aujourd'hui soumise à un nouvel examen, elle y serait décidée affirmativement, conformément aux lois et aux principes. En attendant, c'est un devoir pour les Cours royales et pour les Tribunaux, de demeurer attachés aux vrais principes et à la loi.

Délibéré à Rennes, le premier mai 1817.

MM. TOULLIER, LESBAUPIN,
MALHERBE, CARRÉ,
CORBIÈRE, VATAR.

(1) L'arrêt est rapporté par Sirey, an 1816, pag. 81.

TABLE

DES

TITRES ET CHAPITRES.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

Pages.

CHAPITRE IV.

TITRE V.

Du mariage.

FIN DE LA TABLE DES TITRES ET CHAPITRES DU Ier. VOLUME.

